Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2019 nº 19

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Nuevas medidas de Seguridad Social al cierre de la XII legislatura (a propósito de los denominados "Viernes Sociales")
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- Financiación y sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social
  Miguel Ángel Muñoz Ariza
- Análisis de la más reciente jurisprudencia en materia de accidente de trabajo (2017-2018)
  Susana Moreno Cáliz
- El juego conjunto de las responsabilidades administrativas y de Seguridad Social ante los incumplimientos en prevención de Riesgos Laborales
  María del Mar Pérez Hernández

Estudios de Doctrina Judicial

- La prescripción de la acción de daños derivada de accidente de trabajo: dos cuestiones (*dies a quo* y carga de la prueba)
  Jesús R. Mercader Uguina y Ana de la Puebla Pinilla
- La equiparación de las situaciones de Incapacidad Permanente (Total y Absoluta) y Gran Invalidez a la discapacidad en grado igual o superior al 33 %, *ex* art. 4.2 R.D. Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el T.R. de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, o el devenir *ultra vires* de una norma impertinente
  Amparo Garrigues Giménez
- La pensión de orfandad al amparo del subsidio de desempleo para excarcelados
  Fernando Elorza Guerrero
- La presunción de "laboralidad" de nuevo a escena: el desprendimiento de retina como accidente de trabajo en caso de uso de pantallas de visualización de datos
  Belén Del Mar López Insua
- Encuadramiento de socio administrador erróneo y obligación de comunicar la variación de datos a la Seguridad Social
  Henar Álvarez Cuesta
- La compatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total española con una pensión de jubilación originada en otro estado de la unión europea
  Francisco Javier Hierro Hierro y Carmen Solís Prieto
- Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad, y limitación del tiempo de trabajo efectivo
  Raquel Poquet Catalá
- Mejora convencional y alcance temporal del riesgo asegurado: la primacía de lo pactado en el seguro colectivo
  Inmaculada Ballester Pastor

Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

- La Seguridad Social Complementaria en Portugal
  Mário Silveiro De Barros

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

María Nieves Moreno Vida

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

Belén Del Mar López Insua

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

- Reflexionando sobre la brecha salarial de género
  Javier Baquero Pérez, Tomás Valeriano Gómez Sánchez y Santos Miguel Ruesga Benito

Clásicos de la Seguridad Social

- JUAN EUGENIO BLANCO RODRÍGUEZ (1918-2014): El compromiso activo en la implantación de un sistema de Seguridad Social en España
  José Luis Monereo Pérez

Ediciones Laborum

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

2º Trimestre 2019 Nº 19

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf. 968 88 21 81
Fax. 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Impresa: ISSN 2386-7191
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

Contacto Revista:
www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/RevSegSoc
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es

Reservados todos los derechos.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

Juan Antonio Maldonado Molina, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Francisco Ortiz Castillo, *Abogado y Graduado Social*

CONSEJO ASESOR:

Mario Ackerman, *Catedrático Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría y del Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires*

Jordi Agustí Juliá, *Magistrado del Tribunal Supremo*

Miguel A. Almendros González, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*

Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*

Ángel Arias Domínguez, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sao Paulo (Brasil)*

Guillermo Barrios Baudor, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

Francisco Blasco Lahoz, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

Paola Bozzao, *Profesora Titular –acreditada a Catedrática– de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*

Umberto Carabelli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Bari "Aldo Moro". Italia*

Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*

María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense. Expresidenta del Tribunal Constitucional*

María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Lance Compa, *Catedrático de Relaciones Laborales, Derecho e Historia. Universidad de Cornel l. Ithaca. Nueva York*

Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*

Luis Enrique De la Villa, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad a Distancia de Madrid*

Mikel De la Fuente Lavín, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

Ángel Luis De Val Tena, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Aurelio Desdentado Bonete, *Magistrado Emérito del Tribunal Supremo*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Marco Esposito, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles. Italia*

Gemma Fabregat Monfort, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

José Antonio Fernández Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Juan Antonio Fernández Bernat, *Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*

Ángel Gallego Morales, *Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. CARL*

Javier Gárate Castro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*

Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*
Jesús Lahera Forteza, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*
Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Belén del Mar López Insua, *Profesora Contratada Doctora (Acreditada como Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada*
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*
Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Rafael Muñoz de Bustillo, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad de Salamanca*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Adrián Osvaldo Goldin, *Abogado. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Buenos Aires. Argentina*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
José Antonio Panizo Robles, *Administrador Civil del Estado*
Rosa Quesada Segura, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Margarita Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fernando Salinas Molina, *Magistrado del Tribunal Supremo*
Carmen Sánchez Trigueros, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Carolina San Martin Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*
Andrés Trillo García, *Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular –acreditado a Catedrático– de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Francisco Vila Tierno, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

EDITOR:

Francisco Ortiz Castillo

Índice

EDITORIAL **11**

NUEVAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL AL CIERRE DE LA XII LEGISLATURA (A PROPÓSITO DE LOS DENOMINADOS "VIERNES SOCIALES") **13**
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta

ESTUDIOS DOCTRINALES **29**

FINANCIACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL **31**
Miguel Ángel Muñoz Ariza

1. INTRODUCCIÓN 31
2. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES 36
3. CONCLUSIONES 45
4. BIBLIOGRAFÍA 47

ANÁLISIS DE LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO (2017-2018) **49**
Susana Moreno Cáliz

1. CONCEPTO 49
2. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS 57

EL JUEGO CONJUNTO DE LAS RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y DE SEGURIDAD SOCIAL ANTE LOS INCUMPLIMIENTOS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES **63**
María del Mar Pérez Hernández

1. LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIENTOS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: PANORÁMICA GENERAL 63
2. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL EMPRESARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES 67
3. LA RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL: EL RECARGO DE PRESTACIONES 74
4. CONCLUSIONES 79

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL **81**

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE DAÑOS DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO: DOS CUESTIONES (*DIES A QUO* Y CARGA DE LA PRUEBA) **83**
Jesús R. Mercader Uguina
Ana de la Puebla Pinilla

1. PRESCRIPCIÓN Y ACCIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO 83
2. INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA ACCIÓN DE DAÑOS. EL "CONOCIMIENTO DEL DAÑO" EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO 85
3. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INICIO DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN 88

4. A MODO DE RECAPITULACIÓN 92

LA EQUIPARACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE (TOTAL Y ABSOLUTA) Y GRAN INVALIDEZ A LA DISCAPACIDAD EN GRADO IGUAL O SUPERIOR AL 33 %, *EX* ART. 4.2 R.D. LEGISLATIVO 1/2013, POR EL QUE SE APRUEBA EL T.R. DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL, O EL DEVENIR *ULTRA VIRES* DE UNA NORMA IMPERTINENTE 95

AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ

1. LAS LEYES SOBRE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: UNA IMPECABLE EVOLUCIÓN CONCEPTUAL CONFINADA (QUE NO DESARROLLADA) EN TEXTOS "DE ALUVIÓN" 96
2. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS Y RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD: DE LA VALORACIÓN PERSONALIZADA A LA ASIMILACIÓN UTILITARISTA, Y LA INOPINADA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE GARANTÍAS 99
3. EL ART. 4.2 T.R. LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL: LA NORMA (¿*ULTRA VIRES*?) QUE FULMINA LA UNANIMIDAD DE CRITERIO EN EL TS. DOCTRINA (MAYORITARIA) Y VOTO PARTICULAR 106

LA PENSIÓN DE ORFANDAD AL AMPARO DEL SUBSIDIO DE DESEMPLEO PARA EXCARCELADOS (REFLEXIONES A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) NÚM. 954/2018, DE 7 DE NOVIEMBRE) 113

FERNANDO ELORZA GUERRERO

1. INTRODUCCIÓN 113
2. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) NÚM. 954/2018, DE 7 DE NOVIEMBRE 115
3. LA CONDICIÓN DE BENEFICIARIO DE UN SUBSIDIO DE DESEMPLEO PARA EXCARCELADOS COMO REQUISITO OBJETIVO QUE POSIBILITA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA PENSIÓN DE ORFANDAD 118

LA PRESUNCIÓN DE "LABORALIDAD" DE NUEVO A ESCENA: EL DESPRENDIMIENTO DE RETINA COMO ACCIDENTE DE TRABAJO EN CASO DE USO DE PANTALLAS DE VISUALIZACIÓN DE DATOS 121

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

1. ANTECEDENTES Y SUPUESTO DE HECHO EN LA SENTENCIA DEL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2018 121
2. EL CARÁCTER DE "NUMERUS APERTUS" DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO: AVANZANDO HACIA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR 122
3. CAMBIO DE RUMBO EN LA DOCTRINA JUDICIAL: EL DESPRENDIMIENTO DE RETINA COMO ACCIDENTE LABORAL TRAS LA STS DE 21 DE JULIO DE 2018 134
4. CONCLUSIONES: VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA 137

ENCUADRAMIENTO DE SOCIO ADMINISTRADOR ERRÓNEO Y OBLIGACIÓN DE COMUNICAR LA VARIACIÓN DE DATOS A LA SEGURIDAD SOCIAL. COMENTARIO A LA STS (CA) NÚM. 1658/2018, DE 25 DE OCTUBRE 141
HENAR ÁLVAREZ CUESTA

1. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA COMENTADA 141
2. ALEGACIONES DE LAS PARTES 142
3. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 143
4. CONCLUSIONES 153
5. BIBLIOGRAFÍA 154

LA COMPATIBILIDAD DEL INCREMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL ESPAÑOLA CON UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ORIGINADA EN OTRO ESTADO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA CONSOLIDACIÓN DE UN CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL CON POSIBLE REPERCUSIÓN A NIVEL NORMATIVO 157
FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO
CARMEN SOLÍS PRIETO

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA Y SU LIMITADO RÉGIMEN JURÍDICO: PROBLEMÁTICA EN TORNO A SU COMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES 158
2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018: LA SUPRESIÓN DEL INCREMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL "POR REALIZAR TRABAJOS" TRAS EL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSIÓN ALEMANA DE JUBILACIÓN 160
3. POSICIONAMIENTO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL EN TORNO A LA COMPATIBILIDAD O NO DEL INCREMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON PRESTACIONES ORIGINADAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA 160
4. LA ESPERADA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018 (ASUNTO BLANCO MARQUÉS): LA DEFINITIVA CLARIFICACIÓN DE LA CUESTIÓN 165
5. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN LA MATERIA POR NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO: CAMBIO DE CRITERIO Y CONSOLIDACIÓN 166
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA VOZ DE ALARMA PARA PROCEDER A LA AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES EN CASO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA? 168

CONSIDERACIÓN EN TORNO AL TIEMPO DE TRABAJO: TIEMPO DE DESPLAZAMIENTO, TIEMPO DE DISPONIBILIDAD, Y LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO 171
RAQUEL POQUET CATALÁ

1. INTRODUCCIÓN 171
2. CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO 173
3. TIEMPOS DE DISPONIBILIDAD 175
4. COMPUTO DEL DESPLAZAMIENTO COMO TIEMPO DE TRABAJO, DEBATE NO RESUELTO 181
5. TIEMPO DE DESPLAZAMIENTO Y ACCIDENTE DE TRABAJO 188
6. LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO: REGISTRO Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL 192
7. CONCLUSIÓN 196

8. BIBLIOGRAFÍA 198

MEJORA CONVENCIONAL Y ALCANCE TEMPORAL DEL RIESGO ASEGURADO: LA PRIMACÍA DE LO PACTADO EN EL SEGURO COLECTIVO (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) DE 29 DE ENERO DE 2019) 199

INMACULADA BALLESTER PASTOR

1. LA FIJACIÓN DEL CONFLICTO: QUIÉN PAGA LA MEJORA CONVENCIONAL CUANDO EL TENOR LITERAL DE LAS PÓLIZAS EXCLUYEN LA COBERTURA EN SU FRANJA DE VIGENCIA TEMPORAL 200
2. LA COBERTURA DE LAS PÓLIZAS Y LA FIJACIÓN DEL MOMENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN 201
3. DOS POSTURAS CONTRAPUESTAS Y UN JUSTIFICADO DEBATE 203
4. EL FALLO DEL ALTO TRIBUNAL 203
5. EL VOTO PARTICULAR: LA PÓLIZA INCORPORA CLÁUSULAS LIMITATIVAS 208
6. LA PRIMACÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD *VERSUS* LA EXIGIBLE PROTECCIÓN AL TOMADOR DEL SEGURO EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN 209
7. PARA FINALIZAR, UNA INTENSA Y COMPLEJA POLÉMICA RELEGADA A LA CASUÍSTICA 214

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO EN SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 217

LA SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA EN PORTUGAL 219

MÁRIO SILVEIRO DE BARROS

1. LAS FUENTES REGULADORAS 219
2. LOS REGÍMENES COMPLEMENTARIOS DE INICIATIVA COLECTIVA 221
3. EL RÉGIMEN PÚBLICO DE CAPITALIZACIÓN 224
4. EL RÉGIMEN DE SEGURO SOCIAL VOLUNTARIO 225
5. LOS REGÍMENES COMPLEMENTARIOS CREADOS POR CONVENIO COLECTIVO 227
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA 229

CRÓNICA LEGISLATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL Y MATERIAS CONEXAS 231

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

1. UNIÓN EUROPEA 233
2. PROTECCIÓN SOCIAL 233
3. SEGURIDAD SOCIAL 238
4. RELACIONES DE TRABAJO Y EMPLEO 243

CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL Y NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 245

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

1. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 247
2. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 257

ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEL ESTADO SOCIAL 263

REFLEXIONANDO SOBRE LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO 265

JAVIER BAQUERO PÉREZ
TOMÁS VALERIANO GÓMEZ SÁNCHEZ
SANTOS MIGUEL RUESGA BENITO

1. CUESTIÓN CONCEPTUAL PREVIA..... 265
2. LA BRECHA OCUPACIONAL 267
3. LA BRECHA HORARIA DE GÉNERO 269
4. ¿CÓMO CAMINAR HACIA LA EQUIDAD SALARIAL DE GENERO? 272
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 273

CLÁSICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL 275

JUAN EUGENIO BLANCO RODRÍGUEZ (1918-2014): EL COMPROMISO ACTIVO EN LA IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA 277

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

1. INTRODUCCIÓN..... 277
2. PENSAMIENTO JURÍDICO-SOCIAL: EL COMPROMISO CON LA IMPLANTACIÓN DEL DERECHO SOCIAL EN LA LÓGICA DEL ORDEN ESTABLECIDO..... 279
3. BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN) 287

Editorial

Laborum

nº 19 (2º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Nuevas medidas de Seguridad Social al cierre de la XII legislatura (A propósito de los denominados "viernes sociales")

New Social Security measures at the close of the twelfth parliamentary term (with regard to the so-called "Social Fridays")

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE GRANADA
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE MURCIA
SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
SECRETARIO GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

> *"De hecho, la progresiva erosión de los poderes legislativos del Parlamento, que hoy se limita con frecuencia a ratificar disposiciones emanadas del ejecutivo mediante decretos con fuerza de ley, se ha convertido desde entonces en una práctica común"*
>
> GIORGIO AGAMBEN[1]

El cierre de XII Legislatura en España[2] ha sido trepidante con la promulgación de diversas iniciativas legislativas que afectan a la Seguridad Social como la Ley 3/2019, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer[3]; dos Reales Decretos Leyes el 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y el 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo; a lo que se sumaron otras disposiciones reglamentarias como el RD 17/2019, de 25 de enero, de modificación del Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, RD 71/2019, de 15 de febrero, por el que se regulan las pensiones e indemnizaciones del régimen de Clases Pasivas del Estado de los militares de complemento y de los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal y RD 302/2019, de 26 de abril, porque se regula la

[1] AGAMBEN, G.: *Estado de excepción. Homo sacer II, 1,* Valencia, Ed. Pre-Textos, 2004, pág. 18.
[2] La XII legislatura se inició el 19-7-2019 y concluyó el 20-5-2019 y tuvo como Presidentes del Gobierno a D. Mariano Rajoy Brey (Partido Popular) del 29-10-2016 al 31-5-2018 y desde el 1-6-2018 hasta su fin a D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón (Partido Socialista Obrero Español).
[3] Procede de la Proposición de Ley 122/000079, de mejora de la pensión de orfandad de hijas e hijos víctimas de la violencia de género, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG núm. 99-1, de 17 de marzo de 2017).

compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, y por su puesto múltiples disposiciones de inferior rango normativo[4].

Al igual que ya se advertía en anterior editorial en relación con las reformas introducidas por el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, la justificación de la extraordinaria

[4] Sin ánimo de ser exhaustivo pueden señalarse las siguientes:
ORDEN TMS/397/2019, de 4 de abril.- por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social; ORDEN SBC/429/2019, de 1 de abril, por la que se modifica la Orden SAS/2287/2010, de 19 de agosto, por la que se regulan los requisitos y el procedimiento para la acreditación de los centros, servicios y entidades privadas, concertadas o no, que actúen en el ámbito de la autonomía personal y la atención a personas en situación de dependencia en las ciudades de Ceuta y de Melilla; RESOLUCIÓN de 5 de abril de 2019, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se publica el catálogo de organismos, entidades y empresas incluidos en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas; ORDEN SBC/480/2019, de 26 de abril.- por la que se modifican los anexos I, III y VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; RESOLUCIÓN de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.- por la que se ordena el procedimiento de cese en la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social respecto a las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral; RESOLUCIÓN de 20 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se determina la creación, composición, organización y funcionamiento de la comisión paritaria para la resolución de las reclamaciones previas en materia de prestación por cese de actividad; ORDEN TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019; RESOLUCIÓN de 30 de enero de 2019, por la que se autoriza a diferir el pago de cuotas a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, durante los periodos de inactividad correspondiente a los meses de enero a abril de 2019; ORDEN TMS/103/2019, de 6 de febrero, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y se aprueba el modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor; RESOLUCIÓN de 8 de febrero de 2019.- de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se amplía el plazo de presentación de solicitudes previsto en la Resolución de 30 de enero de 2019, por la que se autoriza a diferir el pago de cuotas a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, durante los periodos de inactividad correspondiente a los meses de enero a abril de 2019; RESOLUCIÓN de 19 de febrero de 2019, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se modifican los Anexos II, III y IV de la Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en MUFACE y se establece el procedimiento de financiación de bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina; ORDEN SCB/1453/2018, de 26 de diciembre, por la que se corrigen errores en la Orden SCB/1244/2018, de 23 de noviembre, por la que se procede a la actualización en 2018 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud; ORDEN TMS/40/2019, de 21 de enero, por la que se establecen para el año 2019, las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero; ORDEN SBC/45/2019, de 22 de enero.- por la que se modifica el anexo VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, se regula el procedimiento de inclusión, alteración y exclusión de la oferta de productos ortoprotésicos y se determinan los coeficientes de corrección; RESOLUCIÓN de 23 de enero de 2019, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza a diferir el pago de cuotas a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, durante los periodos de inactividad correspondiente a los meses de enero a abril de 2019.

y urgente necesidad de tener que acudir a la figura del Real Decreto Ley no se alcanza a ver con plenitud[5].

Centrándonos en aquellas que directamente afectan a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, podríamos analizar, por su interés, las siguientes novedades[6]:

a) De las prestaciones por "maternidad" y "paternidad" a la de "Nacimiento y cuidado de hijo menor"[7]

Puesto que los arts. 2 y 3 del RD-Ley 6/2009, vienen a equiparar en sus respectivos ámbitos (Estatuto de los Trabajadores y Estatuto Básico del Empleado Público), la duración de los permisos por nacimiento de hijos de los progenitores, el art. 4 de dicho RD-Ley adapta la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos, sin novedad más relevante que el cambio de denominación y la ampliación de lo que antes se denominaba prestación por paternidad que pasa ahora a 16 semanas, si bien de forma progresiva: 1) A partir de 1-4-2019 y hasta 31-12-2019 pasa a ocho semanas; 2) En 2020 serán doce semanas; y 3) A partir de 2021 alcanzará las dieciséis semanas. A destacar es que la prestación reconocida al progenitor, que no sea la madre biológica, se configura durante las dos semanas siguientes al parto como de descanso obligatorio y cabria plantearse si no utilizadas las mismas por no solicitarse (la renuncia expresa entraría dentro de la prohibición general de renuncias a derechos de Seguridad Social, art. 3 LGSS), cabría disfrutar de las otras seis semanas que completaría el período de suspensión previsto en el art. 48 del ET. En principio no parece que quepa excluir de ese disfrute, otro caso es que pudiera generarse algún tipo de infracción laboral sancionable, por permitir el trabajo durante las dos semanas siguientes al parto. Obviamente siempre y cuando el empresario tuviera conocimiento de dicho nacimiento.

Importante previsión es que, dado que se reconoce que esta redefinición y ampliación de la protección supone un incremento de gasto, el mismo será atendido por fondo precedentes del Estado para mantener la sostenibilidad del sistema de S. Social.

b) Una nueva prestación "corresponsabilidad en el cuidado del lactante" se crea dentro del nivel contributivo de la Seguridad Social[8], conforme a las novedades introducidas

[5] Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la "jubilación forzosa", en *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 18 (2019), págs.13-25. Sobre el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, y normas concordantes, pueden consultarse exhaustivamente, VV.AA.: *Las Reformas Laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio Sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y Normas Concordantes*, MONEREO PÉREZ, J.L.y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRS.), ORTIZ CASTILLO, F. (COORD.), Murcia, Ed. Laborum, 2019.

[6] De interés también merecen señalarse: a) Los artículos 4 y 5 del RD-Ley 6/2019, que añaden una nueva DT. 31 a la LGSS relativa a la recuperación de la financiación de las cuotas del Convenio Especial de los cuidadores no profesionales con cargo al Estado, volviendo a la situación anterior a 1-1-2013 y una modificación del art. 61 LPGE para 2009 en relación con el Fondo de Apoyo para la promoción de las infraestructuras y servicios del SAAD.

[7] Art. 4 uno a ocho del RD-Ley 6/2019. Modifica arts. 42.1 ap. C y 177, 178, 179 ap. 1 y 2, 180, 181 y 182 ap. 1 LGSS). Con entrada en vigor 1-4-2019.

[8] Art. 3 nueve del RD-Ley 6/2019, Modifica el capítulo VII del Título II de la LGSS, arts. 183 a 185. Viene a ocupar el lugar de los antiguos preceptos que normaban la paternidad. Por lo que respecta a los funcionarios públicos estos se regirán por lo previsto en el art. 48 f) del EBEP.

tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social. La situación protegida será la reducción de la jornada de trabajo en 0,30 minutos prevista en el art. 37.4 del ET, para cuando ambos (progenitores) trabajen, acrediten los mismos requisitos previstos para la prestación por nacimiento de hijo, durante el período que medie entre el cumplimiento de los nueve meses y hasta los 12 meses de edad del lactante, debiendo ser acreditada la reducción de la jornada mediante certificación empresarial, si bien solo se reconoce a uno de ellos. Siendo la prestación un subsidio económico en cuantía del 100 % de la base reguladora establecida para el subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes y en proporción a la reducción de la jornada, estando su gestión a cargo de la entidad gestora INSS o ISM. La prestación es extensiva a todos los regímenes del sistema, lo que conduce a que también comprendería a los trabajadores autónomos, para lo que precisará el oportuno desarrollo reglamentario para dicho colectivo, tanto los incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como para los trabajadores por cuenta propia encuadrado en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

c) Otro ajuste en la cuantía mínima de las pensiones de incapacidad permanente total para la profesión habitual[9]

La reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad Social, vino a "*modificar la forma de cálculo del importe de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, para aproximarla a la establecida para la pensión de jubilación*"[10]. Lo que implicaba que afiliaciones tardías al sistema de Seguridad Social obtuvieran al final una cuantía muy reducida (ya que a la base reguladora se le aplicaba primero el mismo porcentaje que si fuera para acceder a una pensión de jubilación –teniendo en cuenta el período de tiempo real cotizado y el que le faltare para jubilarse a la edad ordinaria–, y posteriormente se aplicaba el porcentaje correspondiente a la pensión de incapacidad permanente total (el 55 %). No obstante la cuantía final no podía ser inferior al 55 % de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, en términos anuales[11].

Pues bien, esta última previsión de garantía mínima fue modificada –a la baja– por el apartado seis de la DF. Segunda del RD-Ley 28/2018, de 28 diciembre, que modificó el actual art. 139 LGSS, referenciándola ahora al importe mínimo fijado en la LPGE para tales supuestos, resultando para este año una cuantía de 5.838,00 euros[12].

Aunque no se decía explícitamente, el motivo de esta rebaja se encontraba en el importante incremento en 2019 de la base mínima de cotización que paso de 858,60 € en 2018 a 1.050 euros en 2019.

[9] Art. 3 del RD-Ley 8/2019.
[10] De su Exposición de Motivos. El art. 2 uno de la Ley 40/2007 modificó en tal sentido el apartado 2 del art. 138 LGSS/1994.
[11] El art. 2 dos añadió para ello un nuevo apartado al art. 139 LGSS/1994.
[12] Una observación crítica a dicha medida ya la analizábamos en anterior editorial, núm. 18/2019, págs. 13 a 25.

Pues bien, el art. 3 del RD-Ley 8/2019, deshace –parcialmente– lo normado dos meses antes y establece una nueva cuantía del importe de la pensión mínima para los casos de IPT por EC, para beneficiarios con -60 años y en función de su situación familiar, con efectos desde 1-1-2019, quedando ahora en 6.991,60 €/año (si se tiene cónyuge a cargo o sin cónyuge en caso de unidades económicas unipersonales) o bien 6.930,00 €/año cuando se tiene cónyuge a cargo.

Esta nueva cuantía, al tener el carácter de complemento a mínimos, tiene carácter no contributivo y se financiará con cargo a transferencias del Estado a la Seguridad Social.

La razones para esta vuelta atrás son la "…*imposibilidad de reincorporarse al mercado laboral de estos pensionistas en atención a su falta de cualificación o conocimientos y que les llevará a prolongar su situación hasta la edad de jubilación"*[13]. Justificación que nos recuerda en cierta forma a los requisitos para el acceso al incremento del 20 % de la pensión de IPT[14].

d) La rebaja en la edad de acceso al susidio por desempleo asistencial y otras reformas para los parados mayores de 52 años[15]

Se trata de una "contrarreforma" de la modificación introducida por el RD-Ley 12/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que introdujo diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. El citado RD-Ley 12/2012 con el propósito de racionalizar "*el régimen regulador del subsidio para mayores de 52 años con el objetivo de garantizar su sostenibilidad en el largo plazo y para incentivar el alargamiento de la vida activa."*[16] vino a modificar el régimen jurídico del conocido como subsidio de desempleo para mayores de 52 años previsto en los arts. 215 y ss. de la LGSS/1994. El RD-Ley 8/2019, viene modificar nuevamente el régimen normativo de esta modalidad, no solamente recuperando la edad de acceso a los 52 años, sino también a introducir importantes novedades como: a) La supresión del requisito de tener cumplida la edad de (ahora 52 años) en el momento del hecho causante del subsidio, permitiendo el acceso cuando se cumpla esa edad y recogiendo en la regulación la doctrina del TS sobre esta cuestión; b) Elevando de duración máxima, de modo que, si antes se percibía hasta que la persona beneficiaria pudiera acceder a cualquiera de las modalidades de pensión contributiva de jubilación, ahora se percibirá hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación; c) Suprimiendo de la consideración de las rentas de la unidad familiar para el acceso al subsidio; d) Incrementando la cuantía de la cotización por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio se pasa del 100 al 125 % del tope mínimo de cotización vigente en cada momento; y e) Eliminando los porcentajes aplicables a la cuantía del subsidio cuando proviene de un trabajo desarrollado a tiempo parcial.

[13] De su Exposición de Motivos.
[14] V. art. 6 D. 1646/1972, de 23 de junio.
[15] Art. 1 del RD-Ley 8/2019, modificación de los arts. 274.4, 275.2, 276.3, 277.3 y 4, 278.1, 280 y 285 LGSS.
[16] De su Exposición de Motivos.

e) Incremento en las cuantías para la prestación familiar de "asignación por hijo a cargo"[17]

Desde su establecimiento por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre[18], desarrollado luego por RD 357/1991, de 15 de marzo, su cuantía de 291 euros/anuales había permanecido inalterable. El artículo 2 del RD-Ley, que prevé el incremento de la asignación económica por hijo a cargo hasta los 341 euros anuales con carácter general, que puede alcanzar los 588 euros anuales en el caso de las familias en situación de pobreza severa.

La subida supone 50 euros más al año para todos aquellos que reúnan las condiciones generales de acceso a la asignación hijo a cargo[19], debiendo advertirse que los límites de ingresos previstos para 2019 por el RD-Ley 28/2018, no han sido modificados.

Por lo que respecta a la asignación especial de 588 euros/año está previsto para aquellas familias en situación de pobreza extrema, entiendo por tal las que no superan unos determinados ingresos conforme a la tabla que el artículo 2.3 del RD-Ley 8/2018 recoge distinguiendo en su cómputo de integrantes del hogar personas mayores y menores de 14 años. Lo más curioso de esta nueva cuantía es la expresión de "*situación de pobreza severa"*, que nos recuerda a tiempos pretéritos en los que el acceso a determinadas prestaciones lo eran si se acreditaba "*ser pobre de solemnidad".* En realidad esta nueva previsión se parece mucho aquel efímero complemento de protección familiar por menores ingresos de 1.050 pesetas mensuales establecido por el RD 2364/1985, de 18 de diciembre[20].

Estos nuevos importes entraron en vigor con efectos 1 de abril de 2019[21]

La mejora en la cuantía no cabe negarla, ahora bien, calificar como medida de protección social extraordinaria y urgente un incremento de poco más de 4 euros o de casi 25 euros al mes para las situaciones de pobreza severa, no deja de ser pretencioso y de escasa consideración hacía los afectados. No podemos sino recordar aquello de que la protección a la familia sigue siendo "el pariente pobre de la Seguridad Social"[22].

[17] Art. 2 del RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo.
[18] Su cuantía quedó establecida en 36.000 pesetas, salvo para los supuestos de hijos discapacitados, (art. 167 LGSS/1974).
[19] Art. 352 LGSS.
[20] Estuvo en vigor desde 21 de diciembre de 1985 a 13-1-1991.
[21] Véase la DF. 6.ª apartado 3 del RD-ley 8/2019.
[22] Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Las Prestaciones Familiares, ese pariente pobre de la Seguridad Social, núm. 6 (2016), en *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum*, págs. 13-26.

f) Mejoras en la protección a la orfandad. Una reforma con más sombras que luces[23]

La Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, ha venido a introducir importantes reformas en la protección a la orfandad, que podrían concretarse en las siguientes medidas:

— Se incluye en el sistema de Seguridad Social una nueva prestación denominada "prestación de orfandad".

— Para el caso de muerte de la mujer imputable a violencia contra ella, los pensionistas de orfandad recibirán su pensión con el incremento previsto para las situaciones de orfandad absoluta.

— Modificación de las situaciones de compatibilidad de la pensión y la prestación de orfandad.

— Mandato al Gobierno para que en el plazo de tres meses realice un estudio donde se analicen otros supuestos de orfandad absoluta que no se encuentren suficientemente protegidos.

La Proposición de Ley de la que parte[24] buscaba como finalidad dar salida a las situaciones de desprotección en la que podían quedar los hijos de la mujer fallecida si al momento del hecho causante esta no se encontrare en situación de alta o asimilada a ella y no acreditase el período de cotización exigible en estos casos de quince años. El iter parlamentario posterior ha ido más allá como se puede ver por el cambio de rúbrica de la Ley y por el contenido posterior de la misma.

La **prestación de orfandad** que se crea viene determinada por los siguientes presupuestos:

a) La causante deberá de haber fallecido como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España.

b) Los beneficiarios deberán de cumplir los siguientes requisitos:

[23] Véase la Ley 3/2019, de 1 de marzo, que modifica los arts. 42.1 ap. C), 224, 225, 228 p.2.º, 223.3 de la LGSS y art. 42.9 de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Un análisis de la misma puede verse en RODRÍGUEZ INIESTA. G.: "La incidencia de la violencia contra la mujer en la protección de Seguridad Social de los huérfanos (A propósito de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer)", capítulo de la obra colectiva *Derecho Vivo de la Seguridad Social*, dirigida por BARRIOS BAUDOR, G. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Murcia, Ediciones Laborum, 2019, págs. 221-247.

[24] Proposición de Ley 122/000079, de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG núm. 99-1, de 17 de marzo de 2017). Sobre esta y otras Proposiciones de Ley sobre el particular y coetáneas a la misma véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA. G.: "Género y Seguridad Social II: Nuevas propuestas de reformas de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 12 (2017), págs. 13 a 22.

— Ser hijas o hijos de la causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación. No alcanza pues a los hijos –si los hubiera– del cónyuge o pareja de hecho.

— Una edad. De forma similar a la prevista para la pensión de orfandad una edad inferior a 21 años o estar incapacitada para el trabajo. No obstante, entre los 21 y 25 años se podrá acceder o mantener dicha prestación si la persona huérfana no trabaje por cuenta ajena o propia, o cuando haciéndolo, los ingresos que obtenga sean inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del SMI fijado en cada momento, también en cómputo anual[25].

— No tener derecho a pensión de orfandad.

— Hallarse en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta.

La prestación, que será financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado[26], no queda concretada en la ley, aunque parece deducirse que tiene naturaleza económica, sin especificar tampoco su modalidad (pensión, subsidio, indemnización, asignación), aunque también cabe deducir de lo normado que tendrá un carácter temporal.

La cuantía de esta prestación será[27]:

— Una persona beneficiaria: el 70 % de la base mínima de cotización de entre todas las existentes vigente en el momento del hecho causante, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 % del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

— Más de una persona beneficiaria: el importe conjunto de estas prestaciones podrá situarse en el 118 % de la base reguladora y nunca será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.

En cuanto al marco de compatibilidad de esta prestación, se establece la compatibilidad con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, de forma que el hecho de que se tenga la consideración de huérfano absoluto no impide ser persona beneficiaria de la pensión de orfandad que, en su caso, pudiera generarse como consecuencia de la muerte del otro progenitor.

Por último, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de esta prestación de orfandad se producirá respecto de hechos causante posteriores a 3 de marzo de 2019 (fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2019). No obstante, podrá reconocerse para hechos causantes

[25] Al igual que se establece para la pensión de orfandad) si la persona beneficiaria estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la prestación se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente al curso académico.

[26] Disposición Adicional Primera.

[27] Art. 224.1 párrafos 3 y 4 LGSS, en su nueva redacción.

anteriores, si tanto en aquel momento como en la fecha de la solicitud se reúnen los requisitos fijados[28] (disp. trans. 2 y 3 Ley 3/2019).

La Ley 3/2019 (art. Primero. Seis), modifica la redacción del art. 233 LGSS relativo al **incremento de las pensiones de orfandad**, incluyendo un nuevo apartado 3, para ampliar los supuestos en que puede proceder el mismo, incluyendo el supuesto de violencia contra la mujer. En este caso de forma similar a la prestación de orfandad si hay concurrencia de beneficiarios de orfandad el límite máximo de las prestaciones de supervivencia podrá alcanzar el 118 %, con un límite mínimo el de la pensión de viudedad con cargas familiares. Así mismo en caso de que los rendimientos de la unidad familiar donde esté inserto el huérfano, divido por el número de miembros que la componga, no supere en cómputo anual el 75 % del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Además de lo anterior La Ley 3/2019 (art. primero. Cuatro) modifica la redacción y contenido del art. 225.1 de la LGSS, en el sentido de posibilitar que en el caso de muerte de la mujer por violencia contra ella se podrá ser pluripensionista de orfandad (pensiones con cargo a más de uno de los regímenes que integran el sistema) sin necesidad de que se hayan cotizado simultáneamente 15 años.

Una primera valoración de la nueva Ley que amplía la protección a los huérfanos en supuestos de violencia de género y violencia contra la mujer, nos puede llevar a las siguientes consideraciones:

a) El tipo de violencia al que se refiere la norma. La Ley lleva como rúbrica **"…violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer".** Y lo curioso es, que a lo largo de diversos preceptos de la misma no se habla de violencia de género, solamente de violencia contra la mujer.

b) El segundo aspecto que puede ser polémico es que nada nos dice acerca de que debe entenderse por formas de violencia contra la mujer. Se limita a remitirse a "…**los términos en que se defina por Ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España**"[29].

Es obvio, que la violencia de género, en tanto se vincula a la existencia de una relación afectiva entre la mujer víctima y el hombre agresor, no es la única forma de violencia contra la mujer, sino que puede aparecer en otros contextos que no sean en las relaciones de pareja y puede venir relacionada con otras personas de su esfera familiar o social y tiene múltiples manifestaciones (agresiones, abusos sexuales, inducción a la prostitución, a la mutilación genital, etc.), la cuestión está en a quien y como alcanza a la misma y de que quien puede venir la violencia. Y esto no lo dice ninguna norma. Parece que se remite a una futura ley, que cabe suponer que sea estatal, ya que las diversas leyes autonómicas no parece que puedan ser referentes para generar situaciones tributarias de la acción protectora de la Seguridad Social[30]. Tampoco resulta muy concreta la remisión a los

[28] Disposiciones Transitorias 2 y 3 de la Ley 3/2019.

[29] Art. 216 apartado 3 de la LGSS.

[30] En la actualidad las Comunidades Autónomas con leyes específicas de lucha contra la violencia sobre la mujer son: Andalucía (Ley 13/2007, de 26 de noviembre); Aragón (Ley 4/2007, de 22 de marzo); Canarias (Ley

(…)

instrumentos internacionales ratificados por España (Ello obliga a tener en cuenta los artículos 96 y 10.2 de la Constitución Española). Y no se olvide un dato importante de la experiencia jurídica, a saber, que *"Es evidente que, ceteris paribus, cuanto más amplia es la esfera de decisión del juez tanto más importante y políticamente incisivo podrá resultar su papel"*[31].

En el ámbito internacional podríamos estar las aportaciones de ONU, como la Declaración de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, aprobada en 1993, cuyo artículo 1 considera como violencia sobre la mujer:

"Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen la vida pública como en la vida privada".

Por su parte su artículo 2 considera como actos violencia contra la mujer "*aunque sin limitarse a ellos":*

"a) La violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación.

b) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada.

c) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra."

Y en ámbito de la Unión Europea sería de especial consideración el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011[32], su artículo 3.º recoge las siguientes definiciones:

"a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o

16/2003, de 8 de abril); Cantabria (Ley 1/2004, de 1 de abril); Castilla y León (Ley 13/2010, de 9 de diciembre); Castilla La Mancha (Ley 4/2018, de 8 de octubre); Cataluña (Ley 5/2008, de 24 de abril); Comunidad Valenciana (Ley 7/2012, de 23 de diciembre); Extremadura (Ley 8/2011, de 23 de marzo); Galicia (Ley 11/2007, de 27 de julio); Islas Baleares (Ley 16/2003, de 8 de abril); Islas Canarias (Ley 16/2003, de 8 de abril); La Rioja (Ley 3/2011, de 1 de marzo); Madrid (Ley 5/2005, de 20 diciembre); Murcia Ley 7/2007, de 4 de abril); Navarra (Ley Foral, 14/2015, de 10 de abril); Principado de Asturias (Ley 2/2011, de 11 de marzo).

[31] GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P.: Los jueces y la política. Poder judicial y democracia, *Madrid, Ed. Taurus, 1999, pág. 75.*

[32] El instrumento de ratificación de 18 de marzo de 2014 fue publicado en BOE el 6-6-2014.

sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;

e) Por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;

f) El término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años."

c) El complejo panorama que se nos dibuja dados los términos en que la Ley 3/2019, se pronuncia. Y así es nos vamos a encontrar, entre otros, con controversias tales como:

¿Hay un doble régimen de protección a la supervivencia, la derivada de fallecimientos imputables violencia de género y la más amplia a violencia contra la mujer? O bien ¿Cuándo se habla de violencia de género debe entenderse violencia contra la mujer?

Por otro lado, *¿la violencia (sea de género o de otros actos de violencia contra la mujer) tiene que ser la causa directa de la muerte de la mujer? o ¿bastará una relación de causalidad más o menos amplia*? el nuevo apartado 3 del art. 216 dice "fallecida como consecuencia de violencia contra la mujer", parece que se inclina hacia una relación directa. En similares términos se expresan la Disposición Adicional 1 de la LO 1/2004, como en los arts. 231, 232 y art. 233 LGSS.

Téngase en cuenta que si consideramos que la violencia de género es una modalidad singular de la violencia contra la mujer, las consecuencias será que la existencia o no de violencia de género opera, por ejemplo, para salvar el requisito de ser acreedor de pensión compensatoria (o indemnización sustitutoria) para una viudedad procedente de situaciones de separación, divorcio o nulidad, pero no está previsto para otras situaciones de violencia contra la mujer[33].

Por otro lado, no debe olvidarse que en los casos de violencia contra la mujer el sujeto activo de dicho acto no tiene que estar necesariamente vinculado a la causante por una relación matrimonial o de pareja de hecho lo que implicará que el alcance de la prestación de orfandad es más amplio que el de la pensión de orfandad.

[33] Art. 230.1 párrafo 3 LGSS.

Otro aspecto relevante de la reforma introducida por la Ley 3/2019 es la reforma del art. 233 de la LGSS, consistente en añadir un nuevo apartado 3 al mismo. El art. 233 de la LGSS ha quedado con la siguiente redacción:

Artículo 233. Incremento de las pensiones de orfandad y en favor de familiares, en determinados supuestos.

1. Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 231, ***el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio*** *en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido, los hijos del mismo que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.*

Los titulares de la pensión en favor de familiares podrán, en esos mismos supuestos, ser beneficiarios del incremento previsto reglamentariamente, siempre y cuando no haya otras personas con derecho a pensión de muerte y supervivencia causada por la víctima.

2. Los efectos económicos del citado incremento se retrotraerán a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la pensión de orfandad o en favor de familiares, cuando no se hubiera reconocido previamente la pensión de viudedad a quien resulte condenado por sentencia firme. En otro caso, dichos efectos económicos se iniciarán a partir de la fecha en que hubiera cesado el pago de la pensión de viudedad, como consecuencia de la revisión de su reconocimiento por la entidad gestora conforme a lo previsto en el artículo 231 o, en su caso, a partir de la fecha de la suspensión cautelar contemplada en el artículo 232.

En todo caso, el abono del incremento de la pensión de orfandad o en favor de familiares por los períodos en que el condenado hubiera percibido la pensión de viudedad solo podrá llevarse a cabo una vez que este haga efectivo su reintegro, sin que la entidad gestora, de no producirse el reintegro, sea responsable subsidiaria ni solidaria del abono al pensionista de orfandad o en favor de familiares del incremento señalado, ni venga obligada a su anticipo.

De las cantidades que correspondan en concepto de incremento de la pensión de orfandad o en favor de familiares se descontará, en su caso, el importe que por alimentos hubiera percibido su beneficiario a cargo de la pensión de viudedad suspendida, conforme a lo dispuesto en el artículo 232.

3. Las hijas e hijos que sean titulares de la pensión de orfandad causada por ***la víctima de violencia contra la mujer,*** *en los términos en los que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.*

En el supuesto de que hubiera más de una persona beneficiaria de esta pensión, el importe conjunto de las mismas podrá situarse en el 118 por ciento de la base reguladora, y nunca será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.

Surge entonces una duda interpretativa *¿hay dos vías para acceder al incremento de la pensión de orfandad?* Por un lado, cuando el padre no puede acceder a la pensión de

viudedad por ser condenado por delito doloso de homicidio en la persona de la causante, estando entonces ante una ficción de orfandad absoluta. Por otro para los supuestos de que la causante fallezca como víctima de violencia contra la mujer, si bien en estos casos el huérfano tendrá que ser absoluto, sin ficción alguna, ya que podría darse el caso de que el autor de la muerte de la causante no sea el llamado a ser pensionista de viudedad, sino otra persona y que hubiera un beneficiario de ella no progenitor del huérfano. En este caso se podría dar el supuesto de reconocer pensión de viudedad y orfandad incrementada, ¿era esta la voluntad del legislador?

Y finalmente, aunque ya se ha comentado, los términos en que se permite el acceso a la prestación de orfandad son confusos (art. 216.3 LGSS):

> *3. Asimismo, en caso de muerte, tendrán derecho a una prestación de orfandad las hijas e hijos de la causante fallecida como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, siempre que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta, en los términos establecidos reglamentariamente,* ***y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad****.*

En la actualidad los únicos requisitos que condicionan el acceso a la pensión de orfandad son para el causante estar afiliado y en alta o situación asimilada, si falla el requisito de alta o asimilada se exigirá un período mínimo de cotización de 15 años y en cuanto al beneficiario, simplemente acreditar la filiación. Pues bien, cuando se habla de no reunir los requisitos –se supone por parte del causante– se incluye también ¿la afiliación? de entenderse así cualquier mujer víctima de violencia contra la mujer causaría prestaciones de orfandad, aunque no hubiera estado vinculada nunca al sistema. Desde luego si seguimos los trámites parlamentarios, esa no era la idea. Se trataba de solucionar el problema de la falta de alta y situación asimilada a la que no se acompaña ese período de cotización cualificado.

Por otro lado, la forma en que se llevaría a cabo el cálculo y determinación de la prestación deja sin concretar cuál sería el período y base reguladora cuando no hubiera cotizaciones, teniendo en cuenta que no está prevista para las prestaciones por supervivencia la integración de lagunas.

g) Reformas en el régimen jurídico de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y de los trabajadores del mar

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo ha sido objeto de reformas por el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo y RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, con la finalidad de efectuar las oportunas adaptaciones del mismo a las nuevas prestaciones de Seguridad Social (nacimiento y cuidado de hijo, corresponsabilidad en el cuidado del lactante y prestación de orfandad) así como de los nuevos beneficios en la cotización introducidos por ellos, así como aclaraciones a otras reformas introducidas por el RD-Ley

28/2018 (relativa a la cotización en situación de incapacidad temporal con cargo a cuotas de cese en la actividad)[34].

Y en similares términos de adaptaciones para los trabajadores incluidos en los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón[35] y del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar[36]

h) El estatus privilegiado de los creadores artísticos

El RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía[37], estableció a favor de tal colectivo (por cierto sin concretar su ámbito subjetivo) una serie de medidas de tipo fiscal (modificación en el IRPF, IVA e Impuesto de Sociedades) y de Seguridad Social. En este último ámbito las novedades consistían en:

a) La inclusión de un nuevo art. 249 ter en la LGSS, relativo a la **inactividad** de los artistas en espectáculos públicos incluidos en el régimen general. Durante dicho período se permite mantener de forma voluntaria mantener el alta en Seguridad Social y consiguiente cotización, con unos mínimos condicionantes como la acreditación de una actividad real de servicios de al menos 20 días en el año natural anterior y siempre que los ingresos por dicha actividad superen tres veces el salario mínimo interprofesional en cómputo mensual y exigiéndose que tal permanencia en alta se solicite en los primeros quince días de cada año. Esos mínimos requisitos para poder permanecer en alta, pese a no realizar actividad alguna, han sido modificados por el art. 6 del RD-Ley 8/2019, en el sentido de flexibilizarlos ampliando el período de cómputo de los días de actividad real, ahora serán los doce meses anteriores, reduciendo los ingresos mínimos obtenidos que ahora pasan a dos mensualidades del salario mínimo y permitiendo que tal solicitud se pueda hacer en cualquier momento. Quizás lo que más destaque de este período de inactividad sea la posibilidad de obtener un subsidio durante el mismo, en caso de artistas embarazadas o en situación de lactancia natural de un menor de 9 meses, para cuando los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la última actividad que dio lugar a su inclusión en el Régimen General pudiera influir negativamente en su salud, la del feto o la del lactante si dicha trabajadora realizara, en su estado, dicha actividad. Y para acreditar tal extremo bastará con una declaración jurada de la artista (criterio interpretativo del INSS 3/2019, de 24 de enero). Una prestación insólita en nuestro sistema otorgar una prestación sin que haya una actualización del riesgo. Si lo comparamos con similares situaciones (riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) previstas para el común de las trabajadoras, veremos que a estas solo se reconocen si se está en alta real, nunca en situaciones asimiladas a ella, ni siquiera en situaciones de alta sin actividad (como sería la situación de incapacidad temporal) y ello por la razón de que no hay riesgo que proteger, dado que si no hay actividad el riesgo para el embarazo o para el lactante no podrá nunca actualizarse. Por otro lado, los condicionantes y requisitos a cumplir para que se reconozca una situación de este tipo requieren el

[34] Ver art. 7 RD-Ley 6/2019 y DT.2.ª RD-Ley 8/2019.
[35] DF. 2.ª del RD-Ley 8/2019.
[36] Art. 4 RD-Ley 8/2019.
[37] Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G: "La Protección Social de los artistas. A propósito de la Propuesta de elaboración de un Estatuto del Artista y del Profesional de la cultura", núm. 16 (2018), *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum*, págs. 11-20.

cumplimiento de una serie de actuaciones e intervenciones previas complejas (art. 39 y 47 RD 295/2009, de 6 de marzo), que aquí pueden ser solventadas con una declaración jurada de la interesada. Sorprendente privilegio para un colectivo de trabajadoras.

b) Compromiso del Gobierno de que en un plazo máximo de seis meses: 1) Se procederá a la aprobación de una norma reglamentaria que regule la compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que perciban por esa actividad derechos de propiedad intelectual; y 2) Regulación de la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos.

Pues bien, el Gobierno, en el terreno de facilitar el percibo de la pensión de jubilación con ingresos sin límite derivados de la propiedad intelectual, aprobó para ello el RD 302/2019, de 26 de abril (curiosamente la obligación de tal norma reglamentaria terminaba el 29 de junio de 2019). Se justifica en que[38]:

"Una sociedad moderna no puede prescindir del capital intelectual que aportan creadores y artistas, particularmente en su etapa de madurez, cuando la experiencia acumulada puede favorecer la producción de obras o actuaciones más completas; debiendo destacarse que la actividad creativa constituye una aportación personal, única e irrepetible, al imaginario cultural, de la cual se beneficia el conjunto de la sociedad

Con ello se pretende poner fin a la "polémica" generada hace unos años relativa a la suspensión de la pensión de jubilación de "creadores artísticos" (en realidad el colectivo fundamental era el de escritores), cuando además de la pensión de jubilación seguían realizando una actividad artística por la que percibían ingresos superiores al SMI.

El ámbito subjetivo de la compatibilidad alcanza **aquellos** que, con posterioridad a la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, desempeñen una actividad de creación artística por la que perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas.

Si bien, podrá acogerse a esta modalidad aquellos beneficiarios que además de la actividad artística desarrollen otros trabajos por cuenta ajena o propia que den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social.

El régimen de compatibilidad se ajusta a las previsiones del art. 213 ap. 1 de la LGSS y por tanto requerirá alta en Seguridad Social y abono de cuota de solidaridad y cotización por las contingencias de IT y CP.

Alguna duda cabe plantearse en torno a este singular privilegio de este colectivo de trabajadores, el régimen de compatibilidad alcanza a la actividad de creación artística, pero ¿a toda? o ¿solamente aquella que llevaba a cabo cuando se jubiló?

La compatibilidad alcanza también al percibo del complemento por maternidad o cantidad adicional a la que se refiere el art. 210.2 LGSS y también con el complemento a mínimos que le pudiera corresponder (si bien no se aclara si hay algún límite de ingresos que

[38] De su Exposición de Motivos.

lo excluya). Por otro lado, se mantiene la posibilidad de que opten por otras fórmulas de compatibilidad o de suspensión de la pensión. En esta situación de compatibilidad se mantiene la condición de pensionista a todos los efectos.

Estudios Doctrinales

Laborum

Financiación y sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social

Funding and sustainability of the Spanish Social Security system

MIGUEL ÁNGEL MUÑOZ ARIZA

FUNCIONARIO DEL CUERPO DE GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

En este trabajo sobre la financiación y la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social pretendemos abrir el debate y fomentar el diálogo con una serie de propuestas, basadas en el compromiso y la responsabilidad social, con la finalidad de reflexionar para poder plantearnos el futuro en ésta nueva realidad socio económica. Resaltar que no se trata de una batería de propuestas incompatibles, es más, para solucionar este problema es necesario implementar un conjunto de medidas que garanticen el éxito. Como la doctrina viene aconsejando, con mucho criterio, no se trata de buscar la solución definitiva, sino que con el paso del tiempo hay que ir ajustando el sistema a la realidad, insistiendo en mantener y respetar la esencia y las bases que han logrado la perdurabilidad de este nuestro buen Sistema público de Seguridad Social.

Palabras clave

Financiación; Sostenibilidad; Pacto de Toledo; Seguridad Social

Abstract

In this paper on the funding and sustainability of the Spanish Social Security system, we set out to open the debate and foster dialogue with a series of proposals based on social responsibility, with a view to reflecting on the future within this new socioeconomic context. It is important to note that this is not a series of incompatible proposals, as to solve this problem it is necessary to implement a set of measures to ensure success. As legal principles say, with much discretion, it is not a question of seeking out the definitive solution, but over time we must adapt the system to reality, insisting on maintaining and respecting the essence and the bases that have ensured the durability of our very good public social security system.

Keywords

Funding; sustainability; Toledo Pact; social security

1. INTRODUCCIÓN

Antes de afrontar el tema que nos ocupa, recordaremos los principios fundamentales en los que se basa nuestro Sistema de Seguridad Social e interpretaremos y analizaremos algunos datos que demuestran la necesidad de actuar para conseguir la efectiva sostenibilidad de nuestro sistema de bienestar para las generaciones presentes y futuras. Ello lo efectuaremos desde un punto de vista crítico y objetivo, basándonos en datos reales, pues es cierto que tenemos un buen sistema público de seguridad social pero partiendo de esa base hay que estudiar y analizar las circunstancias para que siga siendo así o, mejor, si cabe.

La carta magna de nuestro ordenamiento jurídico, entre los principios rectores de la política social y económica, reconoce la obligación de los poderes públicos de mantener un sistema de Seguridad Social público y universal con prestaciones suficientes para paliar las situaciones de necesidad originadas por las distintas contingencias establecidas legalmente. Así, la Constitución Española en su artículo 41 establece que:

Fecha Recepción: 7-3-2019 – Fecha Revisión: 8-4-2019 – Fecha Aceptación: 5-5-2019
Pags. 31-48

> *"Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".*

A este derecho es al que se refiere el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 1 cuando habla del derecho de los españoles a la Seguridad Social.

En esta misma norma, se determina, en su artículo 2, los principios básicos de nuestro sistema de Seguridad Social:

> *"1. El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.*

Entre el que destacamos el principio de solidaridad, el cual debemos comprender desde dos vertientes:

- Social. Nuestro Sistema de Seguridad Social, proteccionista y garantista, permite que los individuos en situaciones de necesidad no se encuentren desprotegidos ante las contingencias establecidas, garantizándoles unos ingresos para su subsistencia. Estos ingresos se entienden como capital sustitutivo de las rentas del trabajo.

- Financiera. Nos encontramos en un sistema de reparto y compromiso intergeneracional, es decir, la población activa, gracias a sus contribuciones, financia las prestaciones actuales así como las suyas futuras serán soportadas por las nuevas generaciones.

Esta solidaridad financiera se trata de un régimen de reparto o un contrato social de compromiso por el que las cotizaciones y los ingresos generales se convierten en las prestaciones actuales a las que tengan derecho todos los beneficiarios, sin tiempo para ser capitalizados. Esta es la gran diferencia respecto al sistema financiero de capitalización.

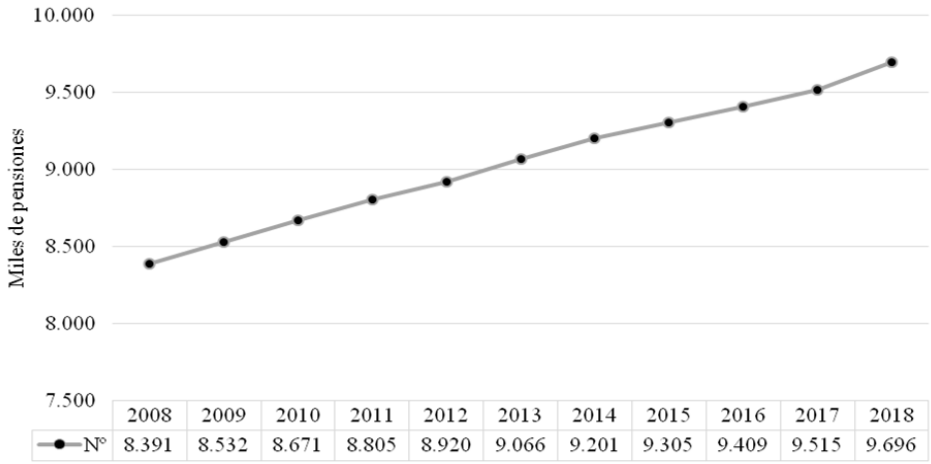
Mientras que la capitalización se basa en la generación individual de un capital personal formado por las primas e intereses que el propietario va acumulando a lo largo de toda su vida laboral para destinar a sus prestaciones futuras. Se trata de un sistema totalmente contrario al nuestro y se caracteriza por su absoluta insolidaridad. Ha sido implantado en diversos Estados latinoamericanos, entre ellos Chile, y se ha demostrado, mediante el método empírico, como se trata de un modelo ineficiente e incapaz de solucionar las coyunturas sociales y económicas de todo un país.

Ya habiendo recordado los principios inquebrantables de nuestro sistema, y volviendo al caso que nos compete, hay que admitir que nuestro sistema financiero tampoco es la panacea universal. Fruto de ello, adentrándonos ya en los datos, es la disposición adicional cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 sobre los préstamos del Estado a la Tesorería General de la Seguridad Social:

> *"Al objeto de proporcionar cobertura adecuada a las obligaciones de la Seguridad Social y posibilitar el equilibrio presupuestario de la misma, el Gobierno, previo informe de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera y de la Tesorería General de la Seguridad Social, podrá autorizar la concesión por parte del Estado de préstamos a la Tesorería General de la Seguridad Social por un importe de 13.830.090 miles de euros. Estos préstamos no devengarán intereses y su cancelación se producirá en un plazo máximo de diez años a partir de 2019.[1]"*

Préstamos que no nos ha de sorprender, si tenemos en cuenta el aumento paulatino de los gastos del sistema y el estado actual del Fondo de Reserva. Estas afirmaciones son fundamentadas en los siguientes hechos y datos:

El número de pensiones totales del Sistema General de Seguridad Social.



	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Nº	8.391	8.532	8.671	8.805	8.920	9.066	9.201	9.305	9.409	9.515	9.696

Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Boletín de Estadísticas Laborales.

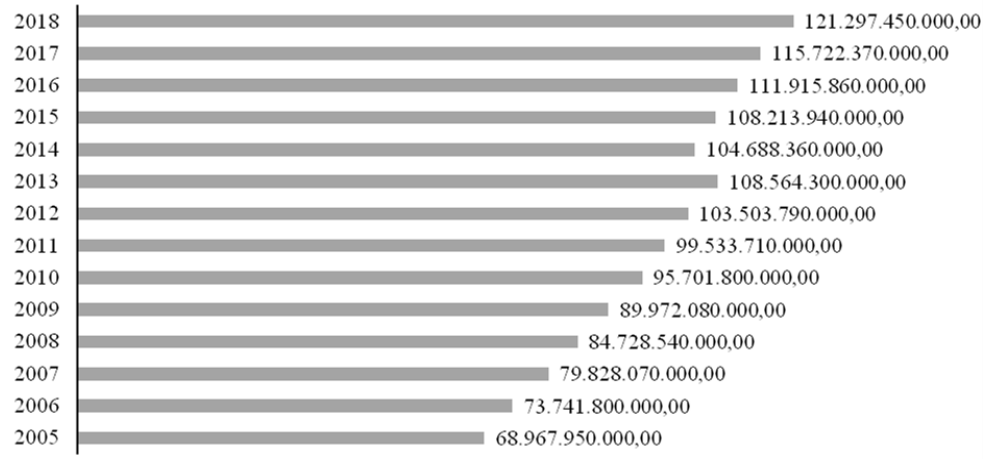
Podemos observar como en todos los años no ha parado de incrementarse de manera continuada y regular, salvo en este último en el que habido un ligero despunte debido a la situación de incertidumbre que ha existido con la posible entrada en vigor del Factor de Sostenibilidad[2] y el comienzo de la jubilación de la generación baby-boom[3].

[1] Posteriormente, el Gobierno, en el Consejo de Ministros del 1 de marzo del 2019, ha vuelto a aprobar otro préstamo con la misma cuantía y misma finalidad de cara a las pagas extraordinarias del año 2019.

[2] Según la disposición final única de la LPGE para el año 2018, y a la espera que la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo llegue a un acuerdo, la entrada en vigor del Factor de Sostenibilidad se ha prorrogado sin establecer una fecha exacta. No obstante, su entrada en vigor no será posterior al 1 de enero de 2023.

[3] Se conoce como generación baby boom a los nacidos entre 1946 y 1964. Tras la Segunda Guerra Mundial surge esta generación caracterizada por aportar un notable aumento de la natalidad.

El gasto total anual de las pensiones del Sistema General de Seguridad Social.



Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

Con estos datos, referidos a los montantes de las obligaciones reconocidas de pensiones, queda demostrado el incremento del gasto que no para de soportar el sistema debido al mayor número de pensiones, llegando en este último año a alcanzar más de 121 mil millones de euros.

A ese incremento de gastos, tenemos que añadirle la situación crítica que actualmente vive el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. En la siguiente tabla del Informe a las Cortes Generales sobre la Evolución, actuaciones del año 2017 y situación a 31 de diciembre de 2017, con datos en miles de millones de euros, se puede apreciar como a partir del año 2012 se comenzaron las disposiciones del capital, alcanzando a finales del año 2017 los 74.437 millones de euros retirados, causando que a esa misma fecha sólo quedaran disponibles 8.095 millones de euros, un 12,12 % de lo acumulado en el 2011, año anterior a que empezáramos a necesitar los recursos del fondo.

Evolución general F.R.S.S.
Dotaciones, disposiciones y rendimientos

Datos anuales/acumulados		Años 2000 a 2009	Año 2010	Año 2011	Año 2012	Año 2013	Año 2014	Año 2015	Año 2016	Año 2017
1. Dotaciones	Anual	50.750	1.809	223	226	197	279	103	11	2
	Acumulado	50.750	52.559	52.782	53.008	53.205	53.484	53.587	53.598	53.600
1. a. Acuerdo del Consejo de Ministros*	Anual	50.373	1.740							
	Acumulado	50.373	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113
1. b. Excedente de Mutuas**	Anual	377	69	223	226	197	279	103	11	2
	Acumulado	377	446	669	895	1.092	1.371	1.474	1.485	1.487
2. Disposiciones***	Anual				-7.003	-11.648	-15.300	-13.250	-20.136	-7.100
	Acumulado				-7.003	-18.651	-33.951	-47.201	-67.337	-74.437
3. Rendimientos netos generados****	Anual	9.272	2.544	2.217	2.970	2.187	2.911	3.994	2.664	173
	Acumulado	9.272	11.816	14.033	17.003	19.190	22.101	26.095	28.759	28.932
Total	**Anual**	**60.022**	**4.353**	**2.440**	**-3.807**	**-9.264**	**-12.110**	**-9.153**	**-17.461**	**-6.925**
	Acumulado	**60.022**	**64.375**	**66.815**	**63.008**	**53.744**	**41.634**	**32.481**	**15.020**	**8.095**

Fuente: Tesorería General de la Seguridad Social.

Y, en el año 2018, el Comité de Gestión del **Fondo de Reserva** aprobó destinar 3.000 millones más del Fondo para sufragar la paga extraordinaria de los pensionistas. Esta cuantía fue inferior a la prevista, ya que inicialmente se estimaron 5.000 millones, debido a la buena marcha de la economía y de las cotizaciones. Por lo que de esta forma, actualmente, el Fondo dispone de tan solo 5.095 millones de euros.

Pero, además, como hemos mencionado anteriormente, en los años 2018 y 2019 también hay que añadirle los préstamos concedidos por el Estado a la Tesorería General de la Seguridad Social por importe de 13.830 millones de euros cada uno, 7.500 millones para el abono de la paga extraordinaria del mes de junio y 6.330 para la del mes de diciembre, para poder hacerle frente a estos gastos excepcionales.

Con todos estos datos no pretendemos ilustrar una distopía ni efectuar una crítica al sistema público, nada más lejos de la realidad, sino demostrar lo necesario que es sentarse, afrontar la realidad socio-económica actual y tomar decisiones para que la situación no empeore. Así conseguiremos, por un lado, la efectiva sostenibilidad del sistema, y, por otro, no tener que implementar medidas que mermen la acción protectora de la Seguridad Social.

Una vez analizado el contexto legislativo y la situación actual, pasamos a abrir el debate y fomentar el diálogo con unas serie de medidas basadas en el compromiso y la responsabilidad social con la finalidad de reflexionar para poder plantearnos el futuro en ésta nueva realidad socio económica. El medio para que se produzca tal intercambio de opiniones

es el Pacto de Toledo, ya que el consenso es el elemento indispensable para que las reformas tengan éxito, sean duraderas y se pueda encontrar el término medio perfecto entre generosidad y austeridad.

2. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

2.1. Propuestas

A continuación, efectuaremos bloques de propuestas, de espíritu reformista, que no son excluyentes, sino todo lo contrario.

1. Reafirmación del Sistema público de pensiones y búsqueda de nuevas medidas de financiación. Ante la situación económica actual y debido a la mala praxis por parte de algunos sectores, se ha generado una desconfianza en la solvencia de la Caja Única del sistema de la Seguridad Social. Esas prácticas generan en la ciudadanía una incertidumbre sobre lo público que incita al pensamiento que las pensiones solo son sostenibles si son privadas pero no cuando son públicas. Pero si hemos superado los años más duros de la crisis ha sido gracias a un sistema público que aunque sea muy criticado tiene más beneficios que perjuicios.

No obstante, es cierto que cabe la mejora por lo que es necesario buscar nuevas medidas de financiación, como pueden ser:

— La creación de un impuesto específico destinado a la exclusiva financiación de nuestras pensiones. Los datos y la realidad nos dicen que el sistema contributivo es insuficiente para poder financiar el número y las cuantías de las pensiones actuales. De esta forma, abriríamos la puerta a la vía impositiva, tratándose de un tributo con la esencia del impuesto sobre las transacciones financieras[4], aprobado por el Consejo de Ministros el 18/01/2019 pero sin salir adelante por el rechazo del Congreso a los Presupuestos Generales del Estado del 2019. No obstante, se podría apostar por la creación de un impuesto finalista aplicable directamente al consumo como es el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Se trataría de un tipo impositivo muy reducido, que no superase el 3 % y podría aminorarse si se implementan más medidas de financiación. Por poner una comparativa, en Francia existe lo que denominan la *Contribution Sociale Généralisée* (CSG). Es un impuesto finalista destino a sufragar las pensiones, que pagan todos los residentes con tipos impositivos variables en función del total de ingresos generados al año.

— La creación de una cotización social sobre la máquina. En un periodo breve de tiempo, en el que la legislación solo se ha centrado en los problemas del ahora y no ha previsto el futuro del mercado laboral, y por ende, del sistema productivo, se ha producido una nueva revolución industrial apoyada por una economía globalizada. Las deslocalizaciones, la sustitución de mano de obra

[4] También conocido como Tasa Tobin, la cual grava con un 0.2 % las operaciones de compra de acciones españolas ejecutadas por operadores del sector financiero. Lo ingresado se destina a financiar las pensiones y el sistema de protección de la Seguridad Social.

humana por maquinarias industriales (automatización), el fraude a la seguridad social mediante cualquier maniobra de dumping social[5], y la mejora a pasos agigantados de la tecnología, entre otros, han sido las tendencias que nos han llevado hasta la situación actual. No se trata de ir en la línea de los tecnopesimistas, la tecnología a día de hoy tiene un peso beneficioso e importante en nuestras vidas, se trata de algo evidente e innegable. No obstante, es preciso aplicar el sentido común y tener clara la primacía del ser humano sobre la máquina. Así, no habría duda de lo esencial e innegociable que es priorizar la inversión en las personas y en el empleo.

Llegados a este punto, es imposible negar la importancia y el peso de la máquina en nuestro sistema productivo. Lo que ocurre es que, en la actualidad, la máquina es el único agente que carece de una regulación específica como participante activo.

En este contexto, proponemos una personalización de la máquina pero sin llegar a la denominada *persona electrónica*[6]. Expliquemos este punto. Se trataría de la creación legal de una personalidad jurídica para las máquinas, a únicos efectos de cotización, con la consecuente creación de un exclusivo Régimen Especial de la Seguridad Social. De esta manera, cada máquina quedaría encuadrada y dada de alta en el Régimen Especial y sus empleadores deberían asumir símiles obligaciones de cotización como las que les conlleva un trabajador.

Ello no afectaría a la productividad de nuestras empresas, y sí contrarrestaría los efectos negativos de la automatización y aliviaría la carga tan grande de nuestro Sistema.

— La creación de una aportación por parte de los pensionistas, independientemente del tipo de pensión del que sean beneficiarios. Versaría en la aplicación de un tipo muy bajo sobre la base reguladora usada para el cálculo de la pensión de la que sean beneficiarios. Estaría basado en el principio de solidad intergeneracional, ya comentado, con la idea de cerrar el círculo solidario entre generaciones y así los que estén disfrutando de su pensión también ayuden a la sostenibilidad futura del sistema para las pensiones venideras. El símil más próximo lo encontramos en nuestro propio ordenamiento jurídico con la denominada "cotización de solidaridad[7]".

— La cotización de los trabajadores por cuenta propia en función de los ingresos declarados. Con esta medida conseguiríamos:

[5] Se trata de un tipo de delito económico consistente en la competencia desleal basada en la explotación y bajos salarios de los trabajadores, para reducir los costes laborales de producción y así poder ofrecer unos precios más competitivos para aumentar sus beneficios.

[6] El término de "*persona electrónica*" fue introducido en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). Es un tema controvertido por los impactos sociales y éticos que conlleva y que todavía se encuentra en discusión por la cantidad de derechos y responsabilidades que supondría reconocérseles.

[7] Aportación especial, no computable a efectos de prestaciones, aplicable sobre la base de cotización por contingencias comunes de aquellos beneficiarios de la jubilación activa. En las actividades por cuenta ajena, el 6 por ciento corre a cargo del empleador y el 2 por ciento a cargo del trabajador.

- asimilar su acción protectora a la del Régimen General con la mejora que ello supone;
- eliminar la posibilidad de los mutualismos profesionales que merman su acción protectora;
- suprimir la elección de la base de cotización;
- y lograr que todos los ciudadanos protegidos tengan derecho a unas prestaciones futuras suficientes para garantizar un nivel de vida digno.

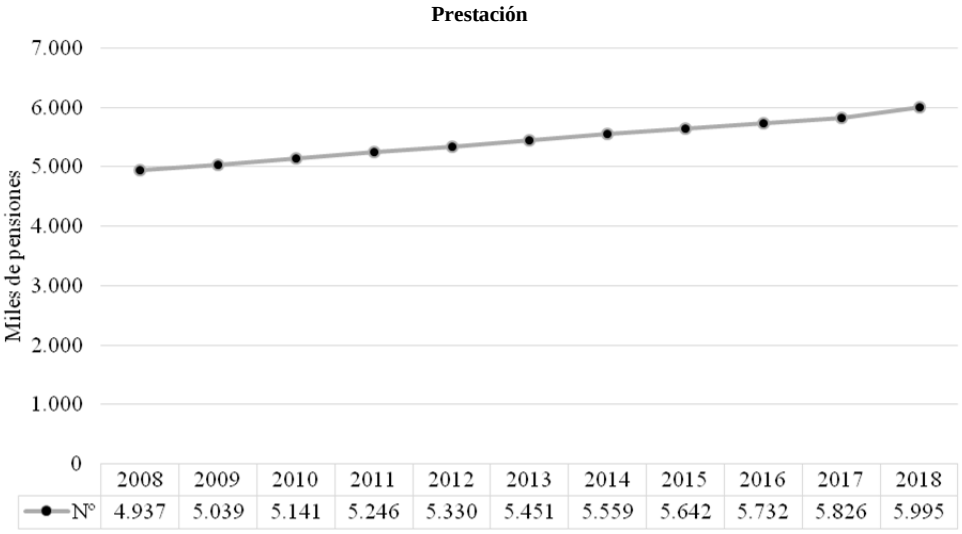
A cuya medida, compartida con el Pacto de Toledo, el RD 28/2018 ha avanzado, incrementando la base mínima de cotización para este año 2019 un 1,25 %, fijándola en 944,40 €; y el tipo de cotización, dejándolo en los siguientes porcentajes: el 30 % en 2019, el 30,3 % en 2020, 30,6 % en 2021 y 31 % en 2022, este último año pendiente del tipo de cotización que se establezca con carácter definitivo para los Regímenes Especiales de los Trabajadores por cuenta propia y de los trabajadores del Mar en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. Además, se ha añadido la obligatoriedad de la cobertura de todas las contingencias comunes y profesionales, cese de actividad, y formación profesional, con la excepción del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA). Este régimen de cotización tiene un carácter provisional, y está previsto sustituirlo el próximo año por un sistema basado en los ingresos reales.

2. Reducción de gastos. Para la reducción de los gastos plantearíamos, entre otras cosas, reformas en algunas prestaciones con el objetivo de ajustarlas a la realidad socio-económica actual.

- Abolición de reducciones y bonificaciones de la SS. Tras el abuso en la utilización de los recursos de la SS para aplicarlos a políticas de fomento de empleo cuyos resultados no han quedado demostrados ni por un aumento de contrataciones ni por una mejora en la calidad de las condiciones laborales, proponemos la abolición de las reducciones y bonificaciones de la Seguridad Social. Solamente mantendríamos aquellas que favorezcan la inserción laboral de personas con especiales dificultades al encontrarse en peligro de exclusión social, como pueden ser los discapacitados o los excarcelados penitenciarios. Este remanente se financiaría con cargo exclusivo a los Presupuestos Generales del Estado.

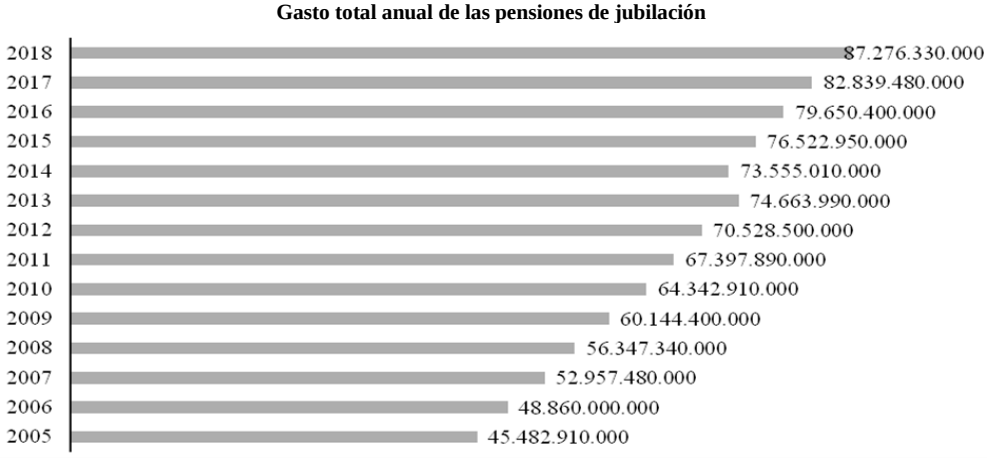
Según datos ofrecidos por el Ministerio, entre 2012 y 2017 la SS dejó de ingresar 8.093 millones de euros por reducciones de cuotas. Solo en el año 2017 esta cifra ascendió a 1.644,44 millones de euros. Estas cifras llegan a ser alarmantes si tenemos en cuenta que la revalorización de las pensiones en un 0,25 % supone un gasto de 300 millones de euros.

- Reforma de la pensión de jubilación. Para este estudio, hemos analizado, por un lado, los datos de la prestación y, por otro, la proyección demográfica de España. Lo mostramos de la siguiente manera:



Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Boletín de Estadísticas Laborales.

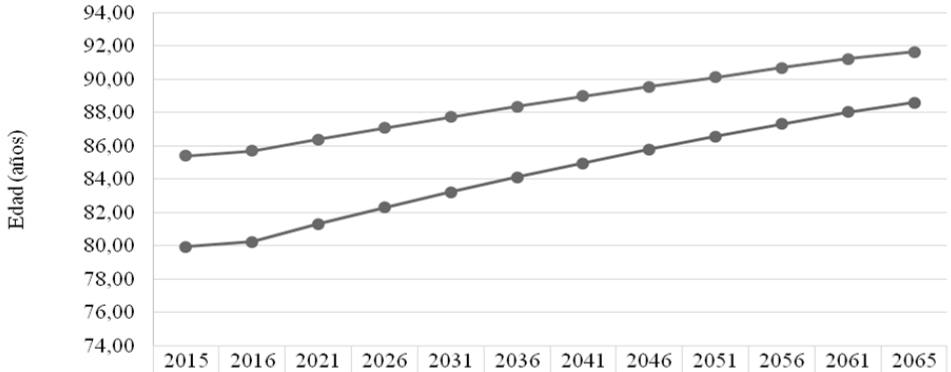
En el número de pensiones de jubilación podemos observar como en todos los años no ha parado de incrementarse, destacando este último, al producirse un ligero despunte debido a la situación de incertidumbre que ha existido con la posible entrada en vigor del Factor de Sostenibilidad y el comienzo de la jubilación de la generación baby-boom.



Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

En referencia al gasto anual, también vemos una subida incesante pero destaca la del año 2018, con un incremento de casi 5 mil millones de euros respecto al año anterior. Variación sustancial si observamos que la media de variación interanual vienen siendo 3 mil millones de euros aproximadamente. Lo que significa que las pensiones iniciales de la generación baby boom son elevadas respecto a la media.

Proyección demográfica

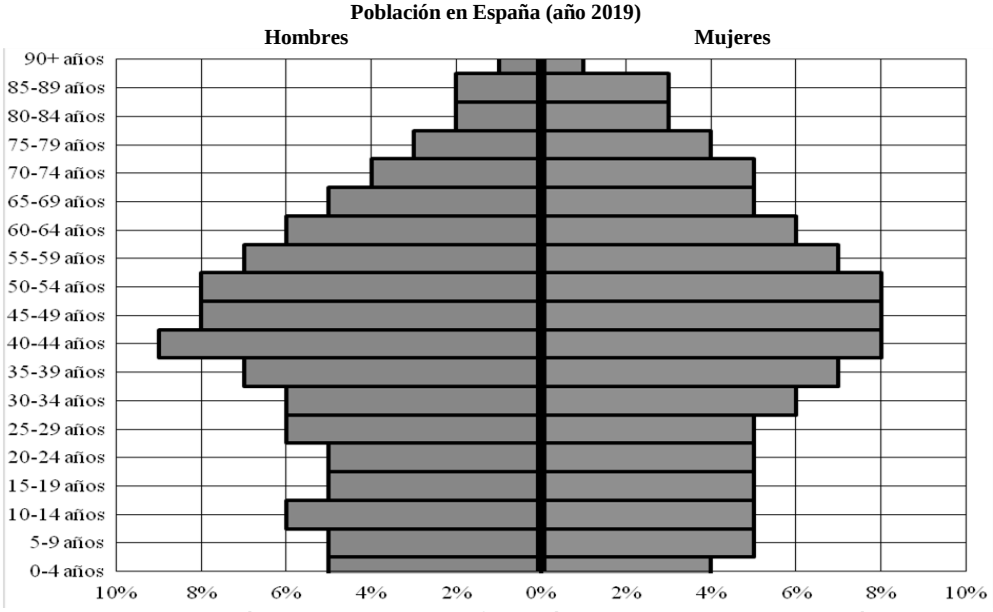


	2015	2016	2021	2026	2031	2036	2041	2046	2051	2056	2061	2065
Hombres	79,94	80,26	81,31	82,30	83,23	84,12	84,97	85,79	86,57	87,32	88,04	88,60
Mujeres	85,41	85,71	86,41	87,08	87,74	88,37	88,98	89,57	90,14	90,69	91,22	91,64

Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Instituto Nacional de Estadística.

Respecto a los datos de la población, en esta gráfica podemos observar la mejora de la esperanza de vida en España que se puede producir a medio-largo plazo, en función de los datos actuales. Así, podemos destacar que en el 2065, las mujeres tendrán una esperanza de vida de aproximadamente 7 años más que en la actualidad, mientras que en el caso de los hombres será de 5 años. Dícese de otro modo y centrándonos en el tema que nos afecta, a mayor esperanza de vida, más tiempo de disfrute de la pensión de vejez, y mayores gastos de la caja única.

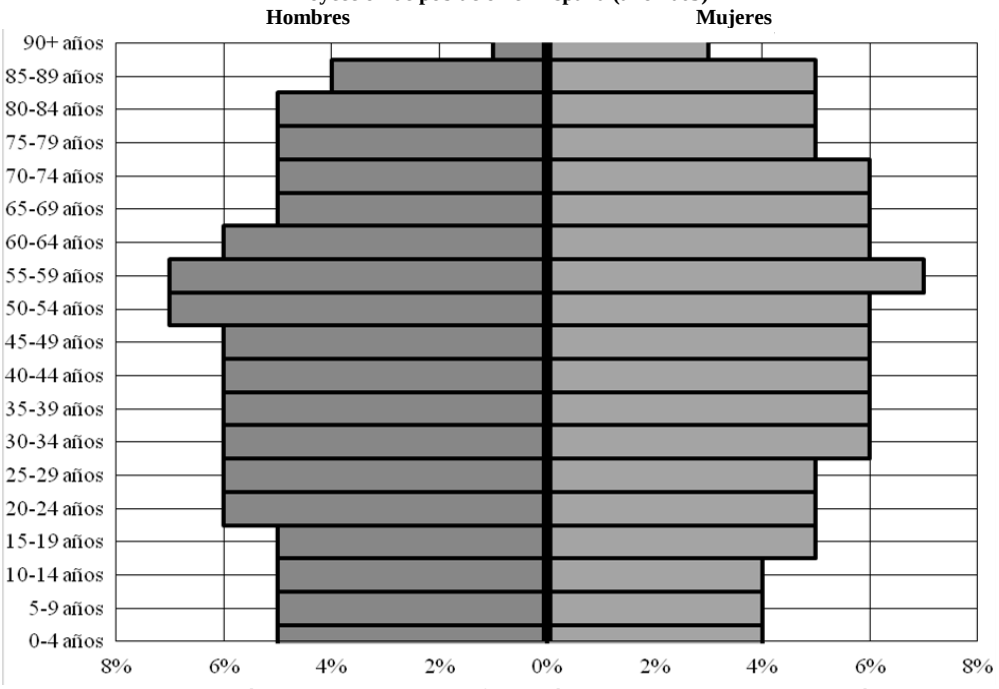
Población en España (año 2019)



Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Instituto Nacional de Estadística.

Esta pirámide de población regresiva, clasificada por tramos de edad, visualiza como es la España de la actualidad. Podríamos destacar como nos encontramos con una población envejecida, con bajas tasas de natalidad y cuyo gran montante se encuentra entre los 40 y los 54 años, los cuales dentro de poco más de una década estarán pensando en la jubilación, con lo que ello conlleva.

Proyección de población en España (año 2065)



Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Instituto Nacional de Estadística.

Esta proyección de población proporciona una simulación, actualizada según la evolución demográfica más reciente, de la población que residirá en España en el año 2065. En ella se tiene en cuenta una colección de indicadores demográficos básicos proyectados (natalidad, fecundidad, mortalidad, indicadores migratorios y de crecimiento y estructura de la población residente en el país) que resumen la evolución futura del comportamiento de los fenómenos demográficos en España en el caso de que se mantuvieran las tendencias demográficas actuales. Vemos como se confirma una España, aún más envejecida, con el mismo problema de natalidad y mortalidad y con un sustancial cambio en los tramos a partir de los 70 años. En otras palabras, mucha población inactiva para ser mantenida por una población activa mermada por el problema de la natalidad.

Ante esta situación de mayores gastos en jubilación, de mayor esperanza de vida y de menor porcentaje, en comparación, de población activa, podemos confirmar el reto del envejecimiento al que se enfrenta nuestro sistema público de pensiones.

El número de cotizantes, en un contexto de sustitución y relevo en el mercado laboral entre dos generaciones de distinto tamaño, una grande que avanza hacia la jubilación y una

más pequeña que permanece activa, y dado el bajo nivel de natalidad que tenemos, va a venir determinado por la inmigración. Si esta fuera anormalmente baja, la población en edad de trabajar caería y con ello el volumen de cotizantes.

Estos hechos constatan la necesidad de actuar ya, y una solución posible sería vincular la pensión a las variables que tiene en cuenta el factor de sostenibilidad. Es más, a la larga, si estas estimaciones se cumplen, la situación se vuelve crítica y las entradas de financiación no mejorasen, el sistema se vería abocado a plantear, como última alternativa, un periodo de transición en el que se aumentase de manera gradual y con condiciones muy restrictivas la edad de jubilación a los 70 años[8], teniendo en cuenta para el cálculo de la pensión toda la vida laboral del ciudadano. El aumento de la edad de jubilación y el alargamiento de los periodos de cotización tenidos en cuenta para calcular la pensión supondrían una disminución en la presión financiera del sistema ya que las pensiones resultantes serían inferiores.

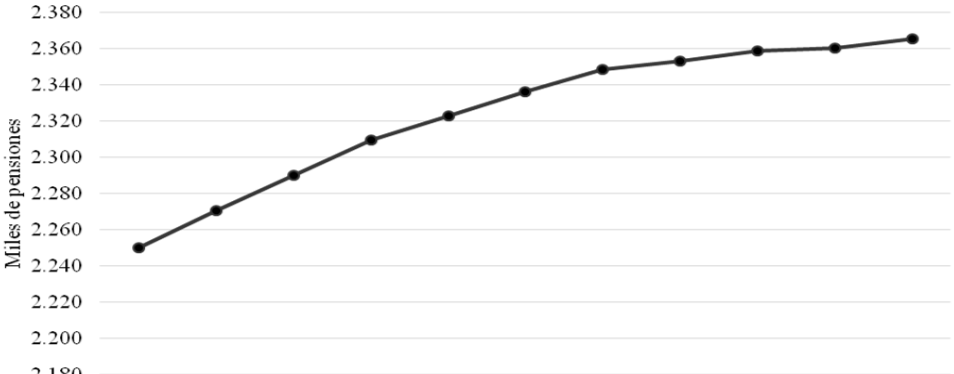
Sin llegar a ese punto, propondríamos la eliminación total de la jubilación anticipada, pues se trata de una modalidad que perjudica a todo el sistema por el acceso aventajado a los recursos en una situación que no cubre el espíritu de la prestación. Como única excepción, consideraríamos los trabajadores que hayan realizado actividades penosas, peligrosas o insalubres con unos elevados índices de morbilidad o mortalidad, lo cual suponga una reducción de su esperanza de vida de manera generalizada[9].

También, en esa línea de adaptación a la coyuntura actual, fomentaríamos la jubilación activa, es decir, la compatibilidad de una parte de la pensión con el trabajo. De esa forma, facilitaríamos una disminución de la jornada laboral compatibilizándola con un porcentaje de la pensión. Es necesario favorecer la permanencia del trabajador en el mercado laboral durante su última etapa de vida activa en puestos de trabajo menos exigentes, como pueden tratarse las tareas formativas, que no le supongan pérdida de calidad de vida pero sí promuevan la compatibilidad de la jubilación con el trabajo. Verbigracia, el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, ha generado el precedente a la compatibilidad trabajo-pensión, aceptando la compatibilidad plena entre la actividad de creación artística y el 100 % de la pensión de jubilación. Sin embargo, el enfoque debería ser más restringente, sin olvidar la idiosincrasia de la pensión ni la uniformidad con el resto de sectores.

[8] Cierto es que la OIT en el artículo 26.2 del Convenio número 102 (norma mínima sobre la Seguridad Social del 1952) dicta que la edad en la pensión de vejez no deberá exceder los 65 años. Sin embargo, también reconoce que se podrá fijar una edad más elevada teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas, requisito muy subjetivo que enmienda en el Convenio número 128, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes del 1967. En el cual, en su artículo 15.2 establece que para esa excepción se tendrá en cuenta criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos. Datos que quedan constatados con los estudios realizados hoy en día por diferentes entidades, como los adjuntados del INE, que demuestran que España tiene una población con una larga esperanza de vida.

[9] Excepción que cumple plenamente con la regulada en el artículo 15.3 del Convenio 128 de la OIT, haciendo referencia a facilitar el acceso a la vejez con una edad inferior a las personas que hayan estado trabajando en labores consideradas por la legislación nacional como penosas o insalubres.

Reforma de la pensión de viudedad. Al igual que la pensión de jubilación, requiere un reajuste a la actualidad:

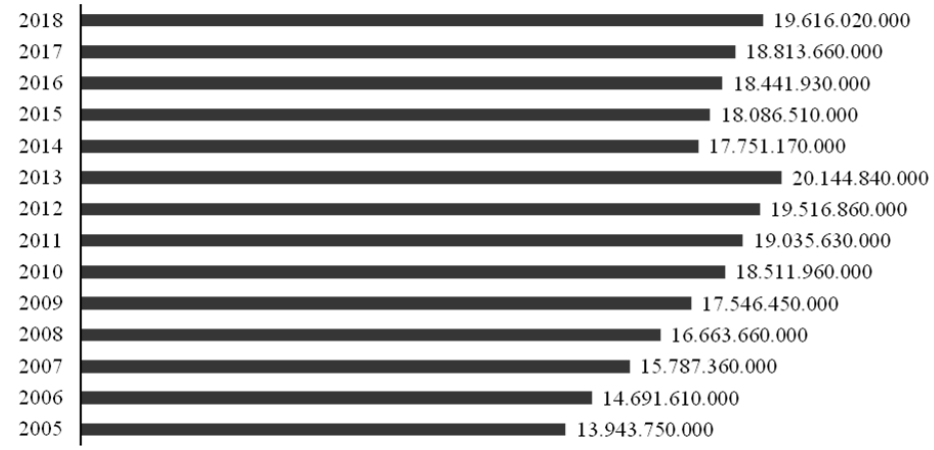


	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Nº	2.250	2.270	2.290	2.309	2.323	2.336	2.348	2.353	2.359	2.360	2.366

Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Boletín de Estadísticas Laborales.

El número de pensiones de viudedad va incrementando año a año. Durante los años de la crisis se muestra una subida progresiva; en el 2016-2017 la tendencia de subida cambia y se suaviza; y el 2018 rompe el suave aumento del año anterior y vuelve al alza.

Gasto total anual de las pensiones de viudedad



Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

El desembolso, mermado por los ajustes acometidos, pero tampoco para de aumentar. Así, el gasto total de las pensiones de viudedad en el año 2018 superaron los 19 mil millones de euros.

Al igual que la Comisión de Seguimiento del Pacto de Toledo, pensamos que es necesaria una adaptación de la pensión de viudedad a la realidad actual. Respetando su naturaleza básica pero teniendo en cuenta que las necesidades en las que se basó el espíritu del legislador del siglo XX no se ajustan a las de este nuevo siglo.

De esta forma, y partiendo de la base del profundo cambio que ha sufrido, en estas últimas dos décadas, la situación del mercado de trabajo y la estructura de la familia, consideramos que la necesidad que originó esta prestación se ha visto desvirtuada. Por ello, estableceríamos un límite de ingresos para todos los beneficiarios de la prestación, el cual variaría en función del número de hijos del supérstite. Seguiría siendo compatible con otras pensiones y con los rendimientos del trabajo pero con un límite para asegurar que ese estado de necesidad no se vea desnaturalizado con la existencia de otros ingresos familiares suficientes que garanticen un nivel de vida digno sin el auxilio de la prestación. A día de hoy, solamente las parejas de hecho se encuentran con un límite de ingresos de 1,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

De esta forma, se seguiría cubriendo la situación de necesidad real por la contingencia producida pero con un ajuste económico.

- Otro punto candente es el de la revalorización de las pensiones. En este caso, abogamos por ligar la revalorización de las pensiones al Índice de Precios de Consumo (IPC), tal y como se acordó en el mes de septiembre del 2018 en el Pacto de Toledo. Es inadmisible la pérdida del poder adquisitivo por parte de los pensionistas por el mero transcurso del tiempo y el reajuste del nivel de vida. Pero, también, por otro lado, la sociedad española debe comprender que no podemos poner en peligro las pensiones futuras prometiendo ahora un aumento superior al índice de vida sin asegurar la sostenibilidad del sistema. Sería una irresponsabilidad gastar todos los recursos hoy y aumentar la deuda pública para financiar unas pensiones muy generosas en el presente que no podamos pagar en el futuro. Además, de la injusticia y poca equidad en la que se traduciría el dejar a las generaciones futuras una enorme deuda junto con un sistema que solo pueda financiar pensiones más bajas. Por eso, es necesario buscar un equilibrio en el reparto de la carga entre los pensionistas, actuales y futuros, y los contribuyentes, actuales y futuros.

En este sentido, el RD 28/2018 en su artículo 1 ha establecido una revalorización de las pensiones del 1,6 %, y un incremento del 3 % de los importes de las pensiones mínimas.

3. Implantación de sistemas complementarios públicos. Como fieles defensores de lo público, proponemos la creación de dos sistemas complementarios públicos.

Como norma general, se trataría de una suscripción voluntaria a un sistema complementario público de tipo fijo e individual con las mismas contingencias que el privado pero con una gestión pública. Se trataría de un fondo público con un régimen jurídico similar al Fondo de Reserva. Podría promocionarse mediante el establecimiento de beneficios o deducciones fiscales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), al igual que actualmente tienen los privados.

De manera adicional a esta medida voluntaria, implementaríamos otro sistema complementario con el mismo espíritu que el anterior, pero éste sería gradual y obligatorio para las rentas altas. Es decir, quienes perciban ingresos superiores al tope máximo de cotización, tendrían la obligación de suscribir un convenio público, cuya aportación dependería del escalón en el que se encontraran sus ingresos mensuales.

Esta medida solo afectaría a quienes perciban remuneraciones muy elevadas, como pueden ser los altos directivos, por lo que no perjudicaría al empleo y tendría una doble vertiente de beneficios. De manera directa conllevaría una inyección en los ingresos del sistema por cotizaciones; y, por otro lado, de manera indirecta supondría una reducción de las diferencias salariales, ya que al aumentar los gastos sociales supondrá una disminución de esas altas retribuciones.

Se trata de una posibilidad híbrida entre el sistema privado y la eliminación del tope máximo de cotización. En comparación con suprimir los topes máximos de cotización, tal y como algunos sectores doctrinales abogan, este sistema público complementario obligatorio no supondría un agravio, aún mayor, del principio de contributividad, pues lo que se aporte computaría, parcialmente, para la futura prestación. El RD 28/2018 ha aumentado el tope máximo de cotización hasta los 4.070,10 € mensuales y el límite de pensión pública hasta los 2.659,41 €. Si ya actualmente con estas cuantías puede considerarse mermado el principio de contributividad; con la eliminación del tope máximo de cotización el sistema se vería obligado a aumentar sus gastos con una subida del límite de pensión pública.

Con esta última propuesta, nos encontraríamos ante un tipo de sistema público de cuentas nocionales pues se trata de un sistema de capitalización individual obligatorio. Así, cuando acceda a alguna de las contingencias cubiertas, tendría derecho a un montante conformado por la suma de lo que le corresponda en el sistema contributivo más parte de lo generado en este otro sistema.

4. Persistir en la lucha contra el fraude. La aparición de nuevas tecnologías de Big Data facilitan el tratamiento de grandes bases de datos con las que poder seguir desarrollando esta medida para poder llevar a cabo de manera eficaz las tareas de inspección, prevención y lucha contra el fraude. Con ello, obtenemos recursos perdidos que necesita el sistema para financiar las prestaciones sociales; reforzamos la sostenibilidad presente y futura de nuestro sistema de SS; y fortalecemos la competencia leal entre empresas, ya que el fraude provoca un desajuste en la competitividad y la productividad entre semejantes por no estar sometidos a las mismas obligaciones sociales, afectando igualmente a los derechos de los trabajadores.

A tal efecto, los datos publicados confirman el éxito y la eficacia de esta medida que ha permitido al sistema recaudar 21.198 millones de euros y aflorar 519.056 empleos irregulares entre 2012 y febrero del 2018. Además, en este punto, podemos mencionar los datos conseguidos en todo el año 2018 gracias, entre otras cosas, al Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020[10], aprobado por el Gobierno el 27 de julio de 2018: entre los que destacamos la conversión de 193.946 contratos temporales a indefinidos, y la ampliación de 31.517 jornadas a tiempo parcial a tiempo completo.

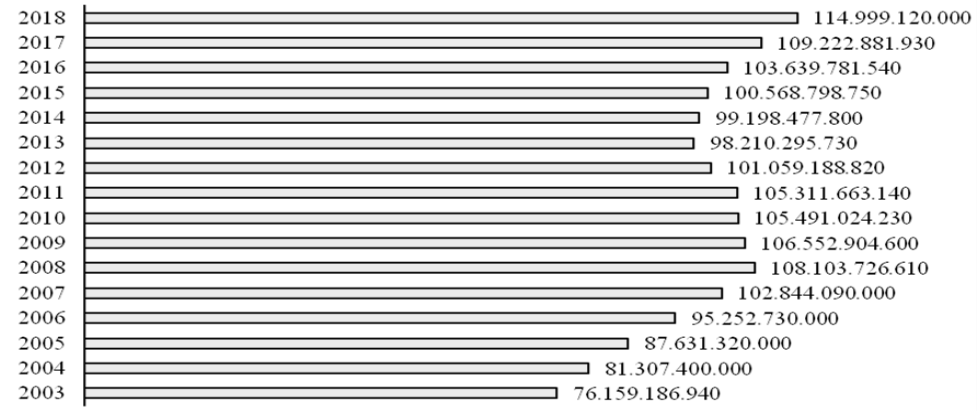
3. CONCLUSIONES

Para ponernos en contexto de estas reformas hay que recordar que la situación actual del sistema presenta un déficit persistente desde 2011. En el año 2015, el gasto en pensiones

[10] El Plan Director persigue recuperar derechos laborales y mejorar la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo, haciendo especial hincapié en el uso irregular de la contratación por tiempo determinado y el trabajo a tiempo parcial. Incluye un total de 75 medidas (55 operativas y 20 organizativas) para luchar contra el fraude, la precariedad laboral y erradicar las situaciones de abuso.

en España ya suponía un 10,4 por ciento del Producto Interior Bruto (PIB). En 2017 este déficit supuso casi 19 mil millones de euros, unos 1.000 euros anuales por afiliado. A esta situación deficitaria hemos llegado, entre otras cosas, como consecuencia de que las pensiones iniciales de jubilación son muy superiores a lo realmente cotizado, de manera que entran con un sustancial déficit al sistema. Actualmente ningún trabajador, incluso con las carreras más largas, cotiza lo suficiente a lo largo de toda su vida laboral como para poder financiar su pensión a lo largo de toda la esperanza de vida en el momento de su jubilación. Antes era posible financiar este desequilibrio con unas condiciones demográficas y económicas muy favorables como fueron la incorporación al mercado de trabajo de la generación baby boom y posteriormente la inmigración permitieron que el número de pensiones por cotizantes cayera de 0,56 en 1995 a 0,43 en 2007. La crisis revirtió este proceso y el número de pensiones por cotizante volvió a aumentar de nuevo hasta 0,56. Aunque, en 2017, la recuperación hizo posible recuperar el máximo de ingresos alcanzados en 2008, tal y como puede verse en el siguiente gráfico, con un millón menos de afiliados; el gasto en pensiones siguió aumentando a un ritmo del 3,9 % anual desde el inicio de la crisis, abriendo una brecha entre ingresos y gastos difícil de cuadrar con las medidas actuales.

Ingresos del sistema por cotizaciones



Fuente. Elaboración propia a partir de la información del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

Efectivamente, los datos reflejan que los ingresos del sistema de Seguridad Social se han recuperado de la crisis. La mejor cifra de recaudación antes de la crisis, en el año 2008, se ha visto superada en el ejercicio del 2017, alcanzando en el 2018 cifras históricas por un montante de casi los 115 mil millones de euros, 7 más que al inicio de la crisis. Son buenas noticias, no obstante, y siguiendo con la comparación con el 2008, hay que tener en cuenta que el gasto total del sistema no ha parado de aumentar, pasando de los 84,7 mil millones del 2008 a los más de 121 mil millones del 2018, una diferencia de más de 36 mil millones. Las cifras vuelven a hablar por sí solas, confirmando que no es viable sufragar los gastos actuales con los ingresos de hace más de una década.

Durante las próximas décadas, el número total de pensiones del sistema aumentará desde los 9,6 millones actuales hasta unos 15 millones a mediados de siglo XXI. Sin mejoras, este incremento sólo podría ser compensado con un aumento de los cotizantes desde los 19,1 millones actuales a unos 28 millones, lo que parece poco probable de acuerdo a las

proyecciones demográficas que hemos visto, salvo que se vaya retrasando paulatinamente la edad de jubilación. Según las proyecciones del Comité de Política Económica de la UE, en el año 2050 el gasto en pensiones de España supondrá un 13,5 por ciento sobre el PIB.

Con todo lo que hemos visto, queda probado que la sostenibilidad es una condición indispensable para que el sistema pueda proporcionar pensiones dignas y suficientes en el presente y en el futuro. De esta forma, es necesario que la Seguridad Social se adecue a la nueva realidad socioeconómica. Lo que supone un ajuste tanto en las prestaciones como un aumento de su financiación para poder convertirse en un sistema sostenible. Considerando que no existe la reforma definitiva sino una adaptación evolutiva a las necesidades, eso sí, permaneciendo firmes en los principios básicos de este nuestro gran sistema público de Seguridad Social que figura entre los mejores del mundo pero que a veces no sabemos valorar.

Ello, muy importante, sin caer en el deslumbramiento de "nuevas fórmulas revolucionarias", como la creación de una renta universal básica, que en la realidad se convierta en una herramienta para crear una brecha de desigualdad y una desaparición de los servicios públicos gratuitos que disfrutamos actualmente.

Además, como hemos comentado, consideramos necesario que el ordenamiento jurídico español sea dinámico y sepa adaptarse a las exigencias que el sistema productivo y el mercado de trabajo vienen marcando. Entre ellas, destacamos la regulación jurídica de la máquina para poder paliar esa pérdida de cotizaciones por la amortización de puestos de trabajo que se viene produciendo con la idea de que no se vea mermada la acción protectora; y, a corto-medio plazo, el desarrollo del teletrabajo, cuya modalidad está proliferando en los trabajos de oficina.

4. BIBLIOGRAFÍA

Las fuentes bibliográficas que hemos consultado para la realización de este trabajo han sido las siguientes:

AIBAR BERNAD, JAVIER. *El Pacto de Toledo y la financiación del Sistema de la Seguridad Social*, (Ed) Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013, pp. 93-139.

Boletín de estadísticas laborales, recuperado de: http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/PEN/indice.htm#

CRUZ VILLALÓN, JESÚS, LÓPEZ CUMBRE, LOURDES, *Comparecencia en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo Sesión nº 18*, (en línea), 09/02/2017, disponible en: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/GenericPopUpAudiovisual?next_page=/wc/audiovisualdetalledisponible?codSesion=18&codOrgano=343&fechaSesion=09/02/2017&mp4=mp4&idLegislaturaElegida=12

DOMÉNECH, RAFAEL. *Sostenibilidad y revalorización de las pensiones.* (Ed) Revista de la Seguridad Social, 2018, recuperado de: https://revista.seg-social.es/

Informe a las Cortes Generales sobre la evolución del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, actuaciones del año 2017 y situación a 31 de diciembre de 2017, Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, disponible en: http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Inicio

Instituto Nacional de Estadística, recuperado de: http://www.ine.es/welcome.shtml

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, recuperado de: http://www.mitramiss.gob.es/

Revista de la Seguridad Social, recuperado de: https://revista.seg-social.es/

VV.AA.: *El futuro del trabajo que queremos*, (1º edición), Organización Internacional del Trabajo, (Ed) Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones dependiente del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2017.

Análisis de la más reciente jurisprudencia en materia de accidente de trabajo (2017-2018)

Analysis of the most recent jurisprudence on workplace accidents (2017-2018)

SUSANA MORENO CÁLIZ
PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Resumen

En el presente estudio se trata de analizar las últimas resoluciones jurisprudenciales de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de accidente de trabajo que versan el concepto legal del mismo. Los aspectos que suscitan mayor litigiosidad siguen siendo la relación de causalidad indirecta (nexo causal débil, "con ocasión" del trabajo realizado) así como la interpretación del accidente in itinere, la presunción de laboralidad en los accidentes o enfermedades cardiovasculares y la valoración del daño causado en el trabajador por el accidente laboral.

Palabras clave

accidente de trabajo; causalidad; accidente *in itinere*; accidente en misión; indemnización de daños y perjuicios; presunción de laboralidad

Abstract

This paper sets out to analyse the latest jurisprudential resolutions of the Social Security Chamber of the Supreme Court in terms of workplace accidents and their legal concept. The aspects which lead to greater litigation continue to be the indirect causal relationship (weak causal link "on occasion" of the job performed) and the interpretation of accidents on the way to and from work, presumption in workplace accidents or cardiovascular diseases, and the assessment of the injury caused to the worker due to a workplace accident.

Keywords

Workplace accident; causality; accidents on the way to and from work; accidents during working hours; compensation for injuries; presumption in workplace accidents

1. CONCEPTO

1.1. Relación de causalidad directa e indirecta "con ocasión del trabajo realizado"

Como es sabido nuestra legislación define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena, en el art. 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Dicho precepto define el accidente de trabajo, considera determinados eventos lesivos como accidentes de trabajo y presume ciertas situaciones como accidentes de trabajo. Por tanto, habrá que considerar si el evento dañoso es accidente de trabajo (al concurrir los requisitos expresados en el art. 156.1), se considera accidente de trabajo (si puede incluirse en alguno de los epígrafes del art. 156.2) o bien se presume que es constitutivo de accidente de trabajo si el accidente ocurre en tiempo y en lugar de trabajo (presunción de laboralidad contemplada en el art. 156.3).

Así pues en el primer párrafo se establecen los elementos que deben concurrir para poder calificar el accidente de trabajo como son –siguiendo una larga tradición doctrinal en

Fecha Recepción: 2-4-2019 – Fecha Revisión: 12-4-2019– Fecha Aceptación: 17-4-2019
Pags. 49-62

la materia– la lesión corporal, el trabajo por cuenta ajena y la relación de causalidad directa (la lesión sea consecuencia del trabajo) o indirecta (el trabajo proporciona la ocasión para que la lesión se produzca).

En relación a este último elemento, esto es, el nexo causal o causalidad directa (vínculo más fuerte con el trabajo, ya que el trabajo causa la lesión, *propter quod*, según expresión utilizada en múltiples sentencias) o indirecta (conexión más débil pero que exige que el trabajo actúe como circunstancia que permite el accidente de forma que sin él la lesión no se hubiera producido, *conditio sine quan non*) el Tribunal Supremo recientemente confirma la teoría de la ocasionalidad relevante en el caso de caída de la trabajadora durante el tiempo de descanso de 15 minutos (pausa para el café) dentro de la jornada laboral. Así pues en Sentencia de 13 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5845) aplica esta doctrina en virtud de la cual la salida de la trabajadora a la calle estuvo vinculada con el trabajo y fue por razón del mismo que se produce el evento lesivo causante de la incapacidad temporal. La ocasión del trabajo es "relevante" y no es una ocasionalidad "pura" que excluya la existencia de nexo causal, pese a que en la primera existe siempre un factor de ajenidad en la producción del suceso lesivo tal y como se ha establecido en reiteradas Sentencias[1] (por todas, Sentencia de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 5533[2]).

El Tribunal refuerza el concepto de accidente de trabajo incluido en el primer punto del art. 156 ya que considera producido por razón del trabajo –y no es accidente ocurrido en tiempo y lugar de trabajo, por aplicación de la presunción de laboralidad del art. 156.3– en aquellos eventos lesivos que acontecen en la pausa o descanso dentro de la jornada laboral, cuando está reconocido como tiempo de trabajo desestimando, así pues, la sentencia contradictoria en la que se equipara el descanso pausa como tiempo de trabajo sólo a efectos laborales y no de Seguridad Social (Sentencia contradictoria del Tribunal Superior de Justicia, País Vasco, de 6 de octubre de 2015[3]).

Según esta interpretación de la sentencia contradictoria de la Sala del TSJ del País Vasco, que rechaza el Tribunal Supremo, no se puede equiparar el descanso a tiempo de trabajo a efectos de Seguridad Social porque ello implica o afecta a terceros, como resulta ser la Mutua aseguradora quién asumiría la repercusión de la calificación de accidente de trabajo[4].

[1] SSTS de 27 de enero de 2014 (RJ 2014, 935), 9 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3037) o de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867)

[2] Esta Sentencia resulta trascendental en esta doctrina ya que aplica la teoría de la ocasionalidad relevante en un supuesto de accidente en misión, en el que el trabajador fallece como consecuencia de la enfermedad contraída en Tailandia –enfermedad del "legionario" (causada por la bacteria llamada *legionella*)– dónde se desplaza por motivo laboral, al regresar a España. Cuenta con un voto Particular interesante del magistrado José Luis Gilolmo López en el que discrepa de la calificación de accidente de trabajo en este caso de accidente en misión, argumentando que la ampliación del accidente en misión, figura alegal creada por la jurisprudencia, como accidente de trabajo se había corregido en Sentencias de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867) y de 16 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7306) por lo que entiende que la Sala se está contradiciendo en el fallo de la sentencia de 23 de junio y vuelve a adoptar una postura más flexible o interpretación amplia del concepto de accidente de trabajo.

[3] JUR 2015\299706.

[4] Sentencia contradictoria citada *supra* en la que se considera que esa equiparación a efectos laborales solamente incluye a las partes firmantes del convenio colectivo en el que se pacta tal equiparación y no podría afectar a terceros.

La *ocasionalidad relevante*, frente a la ocasionalidad *pura* que supone inexistencia de nexo causal[5], se caracteriza por concurrir una circunstancia negativa y otra positiva. La primera supone que los factores que producen el accidente *no* son inherentes o específicos del trabajo (ya que efectivamente hay un factor ajeno al trabajo en estos casos), mientras que, en la segunda, el trabajo o bien las calificadas como "actividades normales de la vida de trabajo[6]" han sido la condición *sine qua non* sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquella.

1.2. Presunción de laboralidad. Accidente ocurrido en tiempo y lugar de trabajo.

En este punto la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo confirma la doctrina establecida respecto a las dolencias o enfermedades cardiovasculares que se manifiestan en tiempo y lugar de trabajo en sentencias precedentes.

De este modo en Sentencia de 25 de abril de 2018 (RJ 2018, 3201) se resuelve el caso de una trabajadora que sufre una enfermedad cardiovascular, como la ruptura de la pared de la aorta, ajena al trabajo y, por tanto, se desvirtúa la presunción de laboralidad del art. 156.3.

La Sala confirmando sentencias en las que se ha aplicado la citada presunción a diversos eventos cardíacos (como infartos de miocardio, anginas de pecho, taquicardia, etc.[7]) y ataques cerebrales (ictus, hemorragia cerebral, por ejemplo[8]) considera que el trabajador debe probar el hecho básico de que la lesión se produjo en tiempo y lugar de trabajo (debiendo concurrir los dos elementos, tiempo y lugar de trabajo) y quién se oponga a la presunción debe demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo (por todas, la STS de 3 de diciembre de 2014, RJ 2015, 38).

Esta doctrina del Tribunal Supremo ya establecida en Sentencias anteriores considera que aunque la enfermedad de base tenga una etiología común y, no laboral, como sucedes en las enfermedades mencionadas, ello no excluye que la actividad laboral y las condiciones en que se desarrolla dicha actividad puedan actuar como factor desencadenante o coadyuvante de la crisis cardíaca[9], esto es, alguna relación o nexo causal puede estar presente en estos casos y no se puede descartar.

---

[5] Véase Fundamento Jurídico Sexto de la de Sentencia de 23 de junio de 2015 citada.

[6] Expresión utilizada en el caso planteado en la STS de 13 de diciembre de 2018 –Fundamento Jurídico Tercero–, la normalidad consiste en dedicar los 15 minutos de pausa, reconocidos en convenio colectivo para los empleados del servicio público de salud vasco (OSAKIDETZA) como tiempo de trabajo, a salir a la calle a tomar un café –momento en el que la trabajadora sufre una caída y se lesiona el codo izquierdo– o realizar una gestión personal.

[7] Fundamento Jurídico Tercero: […] "*Así lo hemos declarado en relación a eventos cardíacos, como el infarto agudo de miocardio (entre las más recientes, sentencias de 8 marzo de 2016 , recurso 644/2015 y 18 de diciembre de 2013 , recurso 726/2013); la angina de pecho, (sentencia 26 de abril de 2016, recurso 2108/2014); la isquemia.miocárdica-arritmia cardíaca-asistólica causada por arterioesclerosis coronaria y cardiopatía dilatada (sentencia de 22 de julio de 2010, recurso 4049/2009), o un episodio de taquicardia (sentencia de 13 de octubre de 2003 , recurso 1819/2002)".*

[8] Fundamento Jurídico Tercero: "[…]*Y así nos hemos pronunciado también respecto de ataques cerebrales, como un ictus (sentencia de 29 de abril de 2014 , recurso 1521/2013), una hemorragia intraparenquimatosa (sentencia de 19 de julio de 2010 , recurso 2698/2009), una hemorragia cerebral secundaria a rotura de malfomación arterio-venosa (sentencia de 10 de diciembre de 2014, recurso 3138/2013) o una hiposia cerebral (sentencia de 11 de diciembre de 1997, recurso 1215/1997)."*

[9] Véase también Sentencia de 27 de diciembre de 1995, RJ 1995, 9846.

Por tanto, quién quiera destruir la presunción porque la dolencia ocurre o se manifiesta en tiempo y lugar de trabajo debe probar la falta de conexión con el trabajo de la lesión. Es más no se produce esta desvinculación por el hecho de haber sufrido episodios previos de la enfermedad (ser una enfermedad preexistente)[10] o por el hábito tabáquico que constituye otro factor causal del accidente[11].

Interesante resulta la STS de 4 de abril de 2018 (RJ 2018, 1796), por la no aplicación de esta doctrina a un caso de enfermedad cerebral cuya sintomatología empieza en casa, y que cuenta con un Voto Particular en contrario[12].

Para llegar a la conclusión que toma en el fallo de la sentencia –desestimatoria de la petición de no aplicar la presunción de tiempo y lugar de trabajo por la recurrente– el Tribunal Supremo argumenta que hay que diferenciar dos supuestos distintos, sin obviar las sentencias precedentes.

De tal modo hay que distinguir las enfermedades cuyos síntomas ocurren en tiempo y lugar de trabajo, con independencia de la existencia de sintomalogía previa –SSTS de 8 de marzo de 2016 (RJ 2016, 965); de 18 de diciembre de 2013, (RJ 2013, 8476); de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6767)–, de los casos en los que los síntomas se manifiestan fuera del tiempo y lugar de trabajo.

En el caso que resuelve el Tribunal Supremo la trabajadora, médico de profesión, presenta síntomas de la enfermedad (embolia cerebral) en casa y posteriormente se incorpora al trabajo, donde al encontrarse peor se va a casa a descansar y es llevada de urgencias al hospital. Para el Tribunal "la posterior incorporación al lugar de trabajo nada tuvo que ver con la aparición de la enfermedad que *ya*[13] se había manifestado".

En opinión de la Sala lo relevante a efectos de aplicar la presunción es que el episodio se produzca en el lugar de trabajo mientras se encuentra prestando servicios y no considera relevante para desvirtuar la presunción los antecedentes morbosos que pueda tener[14]. En el caso planteado la trabajadora no realiza labores propias de su trabajo cuando se incorpora al centro médico ni hay prueba de la conexión de la enfermedad con el trabajo.

No obstante, esta misma sentencia que sirve a la Sala para argumentar el Fallo es, a su vez, utilizada por la magistrada que discrepa del fallo. Para la magistrada, partiendo de que en principio no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca y que la presunción desplaza la exigencia de que la causa de la enfermedad sea exclusivamente el trabajo (art. 156.2 letra e) no se puede descartar la posibilidad de que la enfermedad súbita tenga su causa en el trabajo. En otras sentencias que cita, en las que precisamente no consta la clase de trabajo que realiza el trabajador, se ha considerado accidente de trabajo porque no se ha eliminado esta

[10] Sentencia de 27 de diciembre de 1995, RJ 1995, 9846.
[11] STS de 18 de marzo de 1999, RJ 1999, 3006.
[12] Que emite la Excma. Rosa María Virolés.
[13] La cursiva es mía.
[14] Como ocurre en la STS citada de 10 de diciembre de 2014 en la que, pese a tener una malformación arterio-venosa, el trabajador, se considera que el accidente que ocurre en el descanso para comer, al sentirse indispuesto en tiempo y lugar de trabajo es accidente de trabajo por aplicación de la presunción de laboralidad.

posibilidad[15]. Aplicando esta doctrina al caso y, especialmente, la contenida en la Sentencia de 10 de diciembre de 2014 mencionada, la magistrada considera con acierto, a mi entender, que la indisposición o crisis desencadenante del diagnóstico se produce en el centro de trabajo (como deriva del hecho de que se incorpora al trabajo y después al encontrarse mal se ausenta del mismo), con independencia de que tuviera algún síntoma o episodio antes de salir de casa, como ocurrió, pues "*éste no le impidió de acudir al trabajo*". Es decir, aunque no realice las labores propias de su trabajo en el centro (hecho probado en la sentencia) esta circunstancia no impide desvirtuar la presunción porque no podemos eliminar que el trabajo haya podido incidir en el evento dañoso.

Por otro lado, en la misma línea, aplicando la doctrina de las citadas sentencias de 18 de diciembre de 2013 y 8 de marzo de 2016, entre otras, se produce el pronunciamiento jurisprudencial de la Sala del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2018, para acoger la aplicación de la presunción de laboralidad en un caso en el que la enfermedad cardíaca sobreviene después del trabajo, al terminar el horario laboral[16], pero se manifiesta en forma de síntomas durante la actividad laboral.

Para la Sala a pesar de que la dolencia no produce el fallecimiento durante el desarrollo de dicha actividad, como se ha manifestado y detectado en tiempo y lugar de trabajo según los hechos probados de la sentencia es accidente laboral. Se trata, en palabras del Tribunal, de una "*dolencia arrastrada, que ha nacido con carácter profesional porque se detecta en lugar y tiempo laborales. Con arreglo a la doctrina que hemos expuesto en el Fundamento anterior (acogida por la sentencia de contraste) ese carácter laboral no desaparece por el hecho de que el trabajador haya culminado su actividad laboral y solo posteriormente se desencadene el fatal desenlace*" (Fundamento Jurídico Cuarto).

No queda desvirtuada la presunción por la existencia de antecedentes previos de la enfermedad (aplicando doctrina contenida en STS de 26 de abril de 2016, RJ 2016, 2131) ni tampoco porque la etiología no ha sido laboral, según las alegaciones de la Mutua, sino que se atribuye a las exigencias físicas de la actividad deportiva que está desarrollando cuando fallece el trabajador[17].

1.3. Accidente in itinere

Como es sabido los accidentes que sufra el trabajador en el trayecto del domicilio al lugar de trabajo tienen la consideración de accidente de trabajo por disposición expresa del art. 156.2 a). En estos casos el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo, por lo que concurren dos términos en el concepto de accidente de trabajo, esto es, el lugar de trabajo y el domicilio y la conexión de estos a través del trayecto que realizar el trabajador.

[15] SSTS de 14 de julio de 1997 (RJ 1997, 6260): de 11 de julio de 2000 (RJ 2000, 7409) y de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 595).

[16] RJ 2018, 1707. El trabajador manifiesta su malestar durante el desarrollo de su actividad laboral como abogado de la Empresa y cuando finaliza su jornada en el gimnasio sucede el fatal desenlace de su fallecimiento.

[17] Para el Tribunal Supremo no queda probado que sea ésa la causa del fallecimiento y no pueda ser la actividad laboral.

La interpretación que realiza el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de abril de 2018 (RJ 2018, 1675) sigue los precedentes flexibilizadores de la conexión entre esos dos términos de forma amplia exigiendo unos criterios de *normalidad*[18]. Podríamos decir que este criterio de normalidad permite al Tribunal asegurar que no se rompe el nexo causal en tres ámbitos delimitados en sentencias anteriores: 1) si la conducta normal del trabajador responde a "patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes"; 2) si se realiza una gestión intermedia (entre el domicilio y el lugar de trabajo) "razonable" (caso de la STS de 14 de febrero de 2017, en la que se consideró que no se rompía el nexo causal porque el trabajador se desvía habitualmente del trayecto para dejar a sus compañeros en casa[19]) o 3) la razonabilidad de la ampliación obedece a "criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también *normal* entre desplazamiento y trabajo".

Este último argumento es el que se recoge en la interesante Sentencia de 26 de diciembre de 2013[20], que cita la más reciente de 2018, en virtud del cual la conexión entre domicilio y lugar de trabajo no se rompe cuando el trayecto se realiza entre el domicilio de fin de semana (diferente a la residencia habitual durante los días laborales) y el lugar de trabajo antes de reincorporarse al trabajo al día siguiente.

Efectivamente la ampliación de la conexión –del domicilio legal del trabajador, al domicilio real, domicilio habitual y, en general, al punto normal de llegada y partida del trabajo[21]– opera a partir de criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo de tal modo que se rompe esta "normalidad" en palabras del Tribunal "cuando estamos ante un lugar que no es una residencia habitual o el sitio ordinario o descanso o cuando la opción por ese lugar comporta un incremento de los riesgos de desplazamiento"[22].

En virtud de esta interpretación flexible, que aplica al caso el Tribunal en la reciente sentencia de 2018, se han excluido del concepto de accidente de trabajo por entender que se rompe el nexo causal el accidente ocurrido cuando se desplaza el trabajador desde el

[18] En cursiva en el texto de la sentencia citada, tal y como expresamente admite el Tribunal.

[19] RJ 2017, 1116. En este caso, la Sala del Tribunal Supremo considera que se trataba de un desvío consentido del trayecto para dejar a sus compañeros, autorizado por la empresa, aunque el tiempo invertido en trasladarlos excedía del "normal requerido en dicho exclusivo traslado", según la Sala del TSJ de Andalucía/Granada de 10 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 66389), que considera que se rompe el nexo causal al suceder una hora más tarde de la salida del trabajo.

[20] RJ 2014, 371: Fundamento Jurídico Quinto: *"[…] interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, como impone el art. 3 del Código Civil (LEG 1889, 27) , y ésta a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de este en el hogar familiar esta imponiendo unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo, ajustes que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal por la propia naturaleza del contrato o del desplazamiento. Todo ello determina que, si se quiere respetar la voluntad del legislador en los tiempos presentes, habrá que reconocer que en supuestos como el presente a efectos del punto de partida o retorno del lugar de trabajo puede jugar, según las circunstancias del caso, tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto, como la residencia habitual a efectos de trabajo.[…]"*

[21] Recogiendo aquí la fundamentación jurídica de la STS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6851).

[22] Fundamento Jurídico Cuarto de la STS 26-12-2013, que se reproduce en la Sentencia también citada *supra* de 14-04-2017.

domicilio de la novia[23] o desde el domicilio de los padres[24] o incluso de la abuela[25] al trabajo al considerar que no es el sitio ordinario desde el que se realiza el desplazamiento habitual[26]

De la misma forma los elementos que la jurisprudencia ha venido teniendo en cuenta a la hora de calificar el evento dañoso han sido el elemento cronológico (tiempo invertido en el desplazamiento, que sea adecuado y no existan interrupciones por causas ajenas al trabajo), elemento topográfico (el itinerario o ruta que sigue el trabajador no debe entrañar ningún peligro o riesgo innecesario), elemento teleológico (es decir que la finalidad del desplazamiento responda a motivos laborales), elemento de idoneidad del medio (que los medios de transporte utilizados sean seguros y no incrementen el riesgo).

En la Sentencia comentada, de 17 de abril de 2018, se dan tres de los cuatro elementos señalados incontestablemente y el único elemento que podría discutirse sería el elemento cronológico, en la medida en que se demora menos de hora en volver al domicilio e interrumpe el desplazamiento para realizar una gestión que la Sala considerable "razonable"[27] y, por tanto, no se rompe el nexo causal entre los dos términos implicados, lugar de trabajo y domicilio.

Interesante resulta también la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (RJ 2018, 978) por cuanto la interpretación que hace de la residencia habitual y del momento en que se puede entender que se inicia el trayecto de ida al trabajo, desde la vivienda del trabajador. En este caso la Sala no resuelve el recurso de casación por ausencia de contradicción entre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia recurrida –de 17 de marzo de 2016 (JUR 2016, 87096)– y la doctrina del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2736) pero considera que no es equiparable la caída del trabajador en el porche de la casa antes de llegar al vehículo con el que se desplaza para ir a trabajar con la caída del trabajador que sale de la vivienda y en el camino de la finca en la que ubica su vivienda y con la motocicleta rodando se resbala y sufre una caída.

La argumentación de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia mencionada, empleada[28] para no aplicar la doctrina del Tribunal Supremo, –contenida en Sentencia de 14

[23] STS de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7331).

[24] STS de 19 de enero de 2005 (RJ 2005, 2534): el accidente se produce desde Valladolid, residencia de los padres, y el lugar de trabajo, siendo la residencia habitual del trabajador y el normal desplazamiento desde San Fernando de Henares.

[25] STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9484), según la cual, "admitir como domicilio habitual del trabajador el de cualquiera de sus ascendientes –u otros próximos familiares– cuya residencia, además, se encuentra en localidad distinta a la del centro de trabajo, desorbitaría el riesgo profesional concertado".

[26] Véase también las sentencias citadas en dicho fundamento jurídico, en el que se citan otros ejemplos de ruptura del nexo causal cuando el accidente ocurre desde el centro de salud (15 de abril de 2013, RJ 2013, 3839) o desde la consulta médica de la empresa (10 de diciembre de 2009, RJ 2009, 2108) o desde la oficina de la Agencia Tributaria (de 29 de marzo de 2007, RJ 2007, 3530), a la que se acude para realizar una gestión consentida por el empresario en tiempo de trabajo.

[27] La compra de yogures por la trabajadora en un supermercado cercano al trabajo antes de coger el autobús de regreso a casa es una gestión normal y razonable, con independencia de que sea o no ama de casa, como alegaba la recurrente, y, por tanto no se rompe la conexión, de acuerdo con la doctrina flexibilizadora que aplica el Tribunal en el caso planteado (Fundamento Jurídico Cuarto).

[28] Fundamento Jurídico Segundo: *"[…] Con relación a uno de los factores que conforman el elemento geográfico, es decir, el del domicilio, la Sala lo ha configurado desde antiguo de forma amplia, tal como compendia la sentencia de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6851) (R. 2685/96) cuando nos recuerda "que no se trata sólo del domicilio legal, sino del real y hasta del habitual y, en general, del punto normal de llegada (…)*

de febrero de 2011 citada– se debe a considerar que son situaciones no equiparables, siendo calificado el accidente que sufre el trabajador *in itienere* en esta sentencia por entender que ya ha iniciado el trayecto de ida al trabajo. El Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero considera que no es lo mismo caer mientras se sale de la vivienda que hacerlo cuando ya se ha llegado al vehículo y el mismo está rodando. En estas circunstancias ya se ha iniciado el accidente in itinere pero no en el anterior supuesto.

1.4. Accidente en misión

Los accidentes en misión son aquellos que no ocurren ni en el centro de trabajo ni al ir o al volver del mismo (no son accidentes in itinere), pero que se sufren en el desempeño del trabajo o de los cometidos o encargos que encomienda la empresa, en cuyo caso, se considera como centro de trabajo el lugar en el que el trabajador se ve precisado a realizar las tareas encomendadas, con amplitud en el horario a utilizar, y se les aplica la presunción de laboralidad del art. 156.3 (tanto los accidentes en sentido estricto como las enfermedades que acontecen durante la realización de esas actividades. Ahora bien la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 1 de diciembre de 2017, RJ 2017, 6172) restringe el alcance que se le había dado a la presunción en los casos de accidentes en misión en Sentencias anteriores[29] a la de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867), limitando, de este modo, la aplicación a aquellos eventos lesivos que ocurren en ejecución de la actividad laboral, excluyendo la presunción en períodos ajenos a la mencionada actividad, como sería en períodos de descanso o de

y partida del trabajo", precisando además que "lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo". Más en particular, la sentencia de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3033) (R. 1328/07), invocada ahora por el recurrente, y que se reitera en la de 14-2-11, que es la que aplica el juzgador de instancia ha precisado que el trabajador "que está todavía en el domicilio, antes de salir o después de entrar en él, no está en el trayecto protegido y, por tanto lo que en él acaezca no es accidente "in itinere". Y como en ese supuesto se trataba de un trabajador que habitaba en una vivienda unifamiliar o en un apartamento situado en un bloque de pisos, existiendo en cualquier caso unas zonas comunes utilizables por todos los propietarios para entrar al piso propio desde la calle o bien para salir a ella desde el mismo, la Sala entendió acertada la doctrina que señalaba "que cuando el trabajador desciende las escaleras del inmueble en el que se ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitando por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia", añadiendo que como "en este caso no hay duda alguna de que el accidentado realizaba el trayecto con la finalidad de ir al trabajo, no cabe sino concluir que se produjo el accidente "in itinere" al que se refiere el art. 115.2 a) de la LGSS (RCL 1994, 1825)".

En el caso que nos ocupa, no nos encontramos ante el supuesto anteriormente expuesto, y en consecuencia la solución al debate ha de ser la que propugna el magistrado de instancia pues siendo discutible únicamente el elemento topográfico o geográfico, esto es, aquel que exige que el accidente ocurra en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa. Y decimos que resulta discutible este último requisito porque según la parte recurrente el accidente se produce en el porche de su casa cuando ya abandona el espacio cerrado. Y tal argumentación no es compartida por la sala ya que el accidente del trabajador acontece cuando sale de la puerta de su casa, en el porche, no ha abandonado la vivienda habitual, su propiedad, compuesta de finca y jardín, que es consustancial a la vivienda y sirve para identificarla y en consecuencia no puede afirmarse que transitara por un lugar de libre acceso para cualquier otra persona, no ha salido de su domicilio; no ha llegado a su medio de transporte habitual (a coger el coche) no se ha puesto en marcha y por tanto, no llegó a iniciar parte del trayecto.

[29] Especialmente se corrige la interpretación amplia realizada en Sentencia de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 595), en la que se considera accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido por el trabajador después de realizar su jornada laboral cuando se encuentra descansando en el hotel.

desarrollo de actividades de carácter personal, debiendo, en estos casos, probar la relación y conexión entre la lesión y el trabajo[30].

Esta doctrina restrictiva se reafirma en Sentencia de 23 de junio de 2015 (RJ 2015, 5533) y en la posterior de 1 de diciembre de 2017 (que ahora se comenta), si bien en esta se modula esta línea doctrinal vigente sobre la interpretación restrictiva de la presunción en los accidentes en misión. Efectivamente esta doctrina debe ser modulada en determinados casos como señala el TS, a saber: 1) por la singularidad del quehacer profesional que exige desplazarse permanentemente como forma de cumplir la prestación de servicios. Es el caso del conductor de camión que sufre un infarto de miocardio en la cabina del camión cuando se encuentra descansando[31] o en el área de servicio en la que realiza una pausa para tomar café[32] y 2) cuando se dan particulares circunstancias en las que sobrevienen las crisis cardíacas que permiten establecer una conexión directa y necesaria entre la actividad realizada y el tiempo y lugar de trabajo.

Este criterio le permite al Tribunal aplicar al caso planteado por una trabajadora, tripulante de cabina que realiza servicios de vuelo programados a poblaciones dispersas geográfica, sin localización fija que sufre el infarto de miocardio poco después de acabar la jornada, manifestándose un episodio en el aeropuerto en el que está adscrita de forma temporal, pero sobreviniendo después, con posterioridad en el hotel. Esta doctrina flexibilizadora es aplicable a este caso en la misma línea que en el caso del conductor de camión que se encuentra permanentemente desplazándose para cumplir sus cometidos laborales. Por consiguiente, en este supuesto la Sala entiende que no sólo se aplica la presunción porque hay una conexión directa entre la situación y el tiempo y lugar de trabajo, sino también el apartado 1 del artículo 156 por considerar que se produce "con ocasión" del trabajo realizado.

2. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

En materia de indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo que sufre el trabajador la jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente (STS, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2019[33]) reitera doctrina establecida en sentencias anteriores[34] respecto a la interpretación del concepto de lucro cesante –especialmente la Sentencia 23 de junio de 2014 (RJ 2014, 4761)– y el principio de compensación de conceptos indemnizatorios homogéneos en cuanto a la cantidad obtenida como mejora de las prestaciones económicas de Seguridad establecida en convenio colectivo.

[30] Esto se plantea en Sentencias del TS de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1626) y de 7 de febrero de 2017 (RJ 2017, 575), entre otras. En esta última la Sala considera, siguiendo la doctrina establecida en Sentencia de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1626), que el nexo causal se rompe y no existe accidente de trabajo en misión cuando el evento lesivo –el infarto, que causa el fallecimiento del trabajador, en la primera sentencia citada y el ictus que causa una gran invalidez, en la segunda– sobreviene en período de descanso (mientras el trabajador está descansando en la habitación de un hotel).

[31] Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2010 (RJ 2010, 7283).

[32] Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2010 (RJ 2010, 4886).

[33] RJ 2019, 386 (rcud 3146/2016).

[34] Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2014 (RJ 2014, 4761), de 13 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6436), 17 de febrero de 2015 (RJ 2015, 572), de 12 de septiembre de 2017 (2017, 4169), de 7 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1293).

Con arreglo al Tribunal la mejora pactada no satisface o compensa daños morales sino patrimoniales y, especialmente el lucro cesante, cuyo concepto es más amplio[35], como señala la Sala, que el de la diferencia entre lo que cobraba el trabajador en activo y lo que cobró por incapacidad Permanente Total hasta el momento en el que pudo jubilarse[36].

Esta interpretación, según la argumentación de la Sala, es acorde con el nuevo Sistema de valoración de daños y perjuicios que aprueba la Ley 35/2015, de 22 de septiembre[37], que reforma el Texto Refundido aprobado por RDL 8/2004, de 29 de octubre sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor[38]y la Guía de Buenas Prácticas, que aprueba el Ministerio de Justicia[39], para aplicar el nuevo Baremo instaurado por la Ley citada, que se inspira y respeta el principio básico de la indemnización del daño corporal[40].

Al hilo de la aplicación de la normativa mencionada sobre accidentes de tráfico resulta conveniente recordar la doctrina del Tribunal Supremo que el juzgador puede aplicar el Baremo Anexo a la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor (2004) efectivamente, pero se trata de una aplicación facultativa. Ahora bien si se aplica y el juzgador decide apartarse del mismo en algún punto debe razonarlo para que la sentencia sea congruente con las bases que ha aceptado.

Asimismo según el Tribunal Supremo los importes máximos del baremo son orientativos y no han de seguirse necesariamente de forma taxativa, ya que pueden ser incrementados y, por tanto, pueden exceder de aquellos importes tasados si tenemos en cuenta tanto factores propios del caso como factores generales propios del principio de responsabilidad subjetiva –por la exigencia de culpa– en caso de indemnización de los daños derivados de accidentes de trabajo y a los principios de la acción preventiva[41].

Precisamente uno de los aspectos más importantes de la Ley 35/2015, además de aumentar en su conjunto las indemnizaciones, ha sido la de reformar el tratamiento de los

[35] Conviene recordar que las categorías básicas a indemnizar son los daños corporales (lesiones físicas y psíquicas), daño moral (sufrimiento psíquico o espiritual), daño emergente (pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso) y lucro cesante (pérdida de ingresos y de expectativas laborales). Ver Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de 23 de junio de 2014.

[36] En el caso planteado a los 55 años y 3 meses.

[37] RCL 2015, 1435. BOE de 23 de septiembre.

[38] RCL 2004, 2310. BOE de 5 de noviembre de 2004.

[39] Guía de Buenas prácticas para la aplicación del baremo que se elabora conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 2 de octubre de 2018 y que incorpora los acuerdos de la Comisión creada conjuntamente por ambos ministerios para supervisar la aplicación de la citada Ley de 2015. Esta Comisión de seguimiento del sistema de valoración de daños, desarrollo de la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2015, obedece a la idea de implementar el sistema de evaluación ex ante y ex post de las políticas públicas que recomienda la OCDE en 2014 para incrementar la calidad técnica de las normas. Concretamente se crea con el objeto de "analizar su puesta en marcha, repercusiones jurídicas y económicas y el sistema de actualización previsto".

[40] Con este nuevo baremo se pretende lograr la total indemnidad de daños y perjuicios, según la exposición de motivos de la Ley.

[41] No existe una correspondencia entre la responsabilidad civil, objetiva, derivada de los daños ocasionados por accidentes de circulación y la responsabilidad civil, subjetiva, que exige culpa por parte del empresario a la hora de indemnizar los daños derivados de accidentes de trabajo.

daños patrimoniales, racionalizando el método de cálculo del lucro cesante (superando, de este modo, el anterior sistema del factor de corrección por perjuicios económicos)[42].

Este nuevo tratamiento clarifica y regula las partidas resarcitorias en concepto de gastos y racionaliza el método de cálculo del lucro cesante. Concretamente respecto al lucro cesante el nuevo sistema compensa los perjuicios económicos, tanto si se han producido[43] o no, a través de una técnica actuarial que combina dos factores, a saber: el multiplicando (que tiene en cuenta los ingresos netos dejados de percibir o, en su caso, los que podría percibir[44]) y el multiplicador (que tiene en cuenta factores como la duración del perjuicio, el riesgo de fallecimiento del perjudicado, la tasa de interés de descuento o la deducción de pensiones públicas) para determinar la indemnización correspondiente.

Por tanto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la cantidad calculada a pagar por responsabilidad civil no se detraen las cantidades abonadas en concepto de mejora de las prestaciones ya que la indemnización pactada en convenio colectivo va dirigida a compensar el lucro cesante y no otros conceptos indemnizatorios por daños físicos, psíquicos y morales.

Se confirma así pues la doctrina de anteriores Sentencias según la cual la mejora de las prestaciones tiene un contenido económico al compensar el lucro cesante ocasionado por las secuelas incapacitantes y no los daños morales, psíquicos o físicos que el accidente ha podido causar al trabajador.

Concretamente se trae a colación la doctrina de la Sala General del Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de junio de 2014 mencionada, en la que se clarifica la doctrina incluida en las Sentencias anteriores de 2007 [SSTS de 17 de julio de 2007, rcud. 4367/05 y 513/06][45] y persigue arrojar luz sobre la aplicación del sistema de valoración del daño en caso de incapacidad temporal e incapacidad permanente del trabajador[46].

---

[42] Se incorpora como novedad un Título nuevo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (RDL 8/2004) con tres secciones diferenciadas, a saber: indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales, dentro de las cuales se distingue entre el perjuicio personal básico, los perjuicios particulares y el perjuicio patrimonial (este último distingue entre daño emergente y lucro cesante).

[43] En ese caso, si se han producido efectivamente perjuicios económicos se aplica un porcentaje sobre el perjuicio personal básico.

[44] Si no se ha producido perjuicio económico porque la víctima no tenía ingresos se tienen en cuenta aspectos como la valoración del trabajo no remunerado de la dedicación –que puede ser exclusiva o parcial– a las tareas del hogar o la pérdida de capacidad de trabajo de personas como estudiantes o menores que todavía no han accedido al mercado laboral.

[45] RJ 2007\8303 y 2007\8300, respectivamente. La novedad de la doctrina de sendas sentencias de 2007, en opinión de la Sala del Tribunal Supremo era ofrecer pautas de aplicación analógica del sistema de valoración de daños en accidentes de circulación a los supuestos de indemnización por daños causados al trabajador, aunque no fue todo lo que clarificadora que se esperaba. De ahí que el Tribunal reconoce en Sentencia de 23 de junio la necesidad de clarificar doctrina por los procedimientos que han seguido después (Fundamento Jurídico TERCERO).

[46] Esta importante sentencia de 2014 en la que se establece un cambio de doctrina en la aplicación del factor corrector de la tabla en caso de incapacidad permanente, en lo que respecta al daño moral, cuenta con un Voto particular que redacta el magistrado Excmo. Sr. J. M. López García de la Serrana al que se adhieren los magistrados Excmo. Sr. J.M. López García, Excma. Sra. M. Calvo, Excmo. Sr. J.L. Gilolmo, Excmo. Sr. M.A. Luelmo y Excmo. Sr. J. Soto). El magistrado argumenta que además de que la Sala IV es incompetente para

(...)

Por consiguiente, aplicando esta doctrina de 2014 que corrige e introduce un cambio de criterio en la partida indemnizatoria correspondiente a daño moral (factor corrector de la Incapacidad Permanente –IP, en adelante–, Tabla IV) no se pueden descontar en este apartado la cantidad que se ha podido dar como lucro cesante atribuible por la IP, ya que se trata de un factor corrector, un porcentaje que incrementa lo que se ha podido dar[47].

Conviene señalar que este factor corrector es una indemnización añadida prevista en la Tabla IV con la que se persigue reparar los daños y perjuicios que se derivan de la IP del perjudicado para la ocupación o actividad habitual de la víctima que comprende no solo la incapacidad laboral sino también el impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima.

En definitiva, según el criterio de la Sala el factor corrector de la Tabla IV [«incapacidad permanente para la ocupación habitual»] exclusivamente atiende y repara el daño moral y no se descuenta lo que se ha dado por lucro cesante[48].

Igualmente la Sentencia de 7 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1293), que reitera el criterio de la Sentencia de 23 de junio de 2014, identifica la mejora voluntaria con el concepto de lucro cesante y considera que "al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la IP, deben descontarse las prestaciones de la Seguridad Social, que resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia y que se han financiado con cargo al empresario, así como las mejoras voluntarias, pero no el posible recargo de prestaciones, que tiene finalidad disuasorio/preventiva […]"[49].

Respecto al recargo de prestaciones, como medida con esa doble cualidad, sancionadora, por un lado, y, disuasoria o preventiva del incumplimiento de normas de prevención de riesgos, la doctrina del Tribunal Supremo viene siendo clara desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007[50] en la que se reconoce que no se descuenta esta cantidad del quantum de la indemnización recibida por el trabajador en caso de accidente de trabajo por su naturaleza sancionadora.

Por consiguiente, se incluye dentro del concepto de reparación íntegra del daño causado la correspondiente indemnización más la cantidad percibida por el recargo de prestaciones, ya que está necesariamente vinculado con el incumplimiento de las normas preventivas por parte del empresario.

realizar la interpretación de la aplicación de la Ley de responsabilidad civil, siendo competente la Sala I (Civil) del Tribunal, razona que resulta inadecuado en un recurso de unificación de doctrina elaborar un "protocolo de actuación o libro de instrucciones a seguir para el cálculo de la indemnización complementaria por daños y perjuicios".

[47] Fundamentos Jurídicos Noveno y Décimo de la Sentencia de 23 de junio de 2014.

[48] Para los magistrados discrepantes la conclusión de la Sala es errónea porque la mejora no es lucro cesante sino abono por los perjuicios económicos que causa la pérdida de la capacidad de ganancia. Argumentan que no es lucro cesante porque no es algo que cobrara el perjudicado en activo, es decir, el trabajador no cobraba esa cantidad mientras prestaba servicios, siendo, por ende, una indemnización que causa tras el accidente y que precisamente no habría cobrado de no sufrir el accidente. Ver la consideración sexta del Voto Particular relativo a la Tabla IV y el lucro cesante, letra D).

[49] Fundamento Jurídico Cuarto.

[50] RJ 2007, 8300, rcud. 513/2006. Ponente: Excmo. Sr. Luis Fernando de Castro.

No obstante, resulta necesario destacar que ese vínculo causal entre el incumplimiento y la sanción es justamente el presupuesto básico del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad pero también del resarcimiento de daños y perjuicios por responsabilidad civil, como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de febrero de 2018[51]. Por tanto siendo la relación de causalidad entre el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del empleador y las lesiones común al recargo y a la responsabilidad civil se produce el efecto de cosa juzgada positiva y lo que se diga en un procedimiento se aplica al otro[52].

Según este criterio interpretativo del Tribunal recogido en las sentencias de 2018 y 2019 citadas –que se basan en la importante sentencia de 23 de junio de 2014– la regla general es la equivalencia entre la prestación reconocida más, en su caso, la mejora de la prestación y el lucro cesante, salvo prueba en contrario de perjuicios superiores. Es decir, la citada regla tiene excepciones y atiende a los casos de acreditada insuficiencia como son:

1) las situaciones de Incapacidad Permanente fronteriza con el grado inmediatamente superior;

2) las dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras singularidades que lleven a excluir posibilidades de trabajo más teóricos o bien,

3) las situaciones de pérdida de expectativas laborales constatables.

En estos supuestos en los que no es equivalente la cantidad recibida por prestaciones más la mejora, en su caso, con la cantidad que le corresponde al lucro cesante[53], habiéndose acreditado dicha insuficiencia, es cuando deben realizarse dos cosas, a saber: una es que debe capitalizarse el déficit de ingresos que sea atribuible por lucro cesante a la IP y, dos, debe capitalizarse la pérdida de ingresos teniendo en cuenta las futuras posibilidades, reales, por nuevo empleo si las cantidades recibidas en concepto de prestaciones más la mejora se presentan capitalizadas[54].

[51] RJ 2018, 773.

[52] Esto es lo que sucede en la sentencia comentada en la que el Tribunal Supremo considera que hay cosa juzgada porque en el procedimiento anterior sobre responsabilidad civil el órgano juzgador sentencia que no hubo responsabilidad por parte del empresario, ni incumplimiento de obligaciones preventivas, al producirse el accidente por imprudencia del trabajador: "*Por tanto, una vez que mediante sentencia firme se resolvió que el accidente laboral que sufrió el trabajador demandado se produjo sin mediar incumplimiento alguno en materia preventiva por parte de su empleador susceptible de generar responsabilidad civil por los daños sufridos, y que la causa exclusiva del mismo fue la imprudencia de la víctima, que exoneraba de cualquier responsabilidad a la empresa, tal pronunciamiento tenía que ser asumido y respetado en el proceso en el que se enjuiciaba la responsabilidad por el recargo de prestaciones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 222.4 LEC , en relación con los arts. 9.3 y 24.1 CE , cuya aplicación no podía ser obviada con base en la sentencia de un Juzgado de lo Contencioso Administrativo que ya fue tomada en consideración por la sentencia primigenia y recayó en un proceso con un objeto litigioso distinto en el que no se debatió ni resolvió acerca del mencionado nexo causal."* (Fundamento Jurídico Cuarto)

[53] Según el art. 126 de la Ley 35/2015: "En los supuestos de secuelas el lucro cesante consiste en la pérdida de capacidad de ganancia por trabajo personal y, en particular, en el perjuicio que sufre el lesionado por la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes de su trabajo".

[54] En este caso el lucro cesante será la diferencia entre ambas capitalizaciones. Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia de 23 de junio de 2014.

En conclusión, la jurisprudencia más reciente en esta materia aplica la doctrina establecida en 2014 y los criterios interpretativos contenidos en la normativa aplicable sobre el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, normativa reformada y actualizada en 2015 y también recientemente[55].

[55] Recientemente se publica en el BOE de 4 de abril de 2019, la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (Ministerio de Economía) de 20 de marzo de 2019 que desarrolla el artículo 49 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (RD L 8/2004) y actualiza las cuantías de las indemnizaciones teniendo en cuenta la revalorización fijada en un 1,6 por ciento para las pensiones y el incremento del SMI para el año 2019. Se pueden consultar dichas cuantías indemnizatorias actualizadas en la página web http://www.dgsfp.mineco.es.

El juego conjunto de las responsabilidades administrativas y de Seguridad Social ante los incumplimientos en prevención de Riesgos Laborales

The series of administrative and Social Security liabilities in the event of non-compliance in occupational health and safety matters

MARÍA DEL MAR PÉREZ HERNÁNDEZ
INSPECTORA DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
JEFA PROVINCIAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ALMERÍA

Resumen

El presente estudio tiene por objeto analizar el juego conjunto de las responsabilidades administrativas y de Seguridad Social en prevención de riesgos laborales. En primer lugar, realizaremos un planteamiento general de las responsabilidades preventivas. A continuación, abordaremos los aspectos críticos que plantean ambas responsabilidades. En su interacción, señalaremos cómo la responsabilidad administrativa tiene carácter nuclear y la de Seguridad Social tiene carácter adjetivo respecto de aquélla. Nos centraremos en el empresario como principal sujeto responsable, pues es quien domina la fuente de riesgo. Analizaremos la culpabilidad como elemento esencial en ambas responsabilidades, y sus características propias que le hacen ser una responsabilidad "cuasi objetiva".

Palabras clave

Responsabilidad Administrativa, Responsabilidad Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales

Abstract

The paper sets out to analyse the series of administrative and Social Security liabilities in occupational health and safety matters. First of all, we will provide an overview of health and safety liabilities. We will then address the critical aspects posed by these liabilities. In their interaction, we will indicate how the administrative liability has a core character and the Social Security liability has a procedural character with respect to the former. We will focus on the employer as the main liable party, as they are fully aware of the source of hazards and risks. We will analyse guilt as a key element in both liabilities, and its own characteristics that make it a "quasi-objective" liability.

Keywords

Administrative liability; social security liability; occupational health and safety

1. LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIENTOS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: PANORÁMICA GENERAL

El presente estudio tiene por objeto analizar el juego conjunto de las responsabilidades administrativas y de Seguridad Social en prevención de riesgos laborales. Para ello en primer lugar vamos a realizar un planteamiento general de las responsabilidades en materia preventiva, para después abordar algunos de los aspectos críticos que plantean las responsabilidades administrativas y de Seguridad Social.

El punto de partida no es otro que la deuda de seguridad en el trabajo, de la que el empresario es el "deudor", y el correlativo derecho del trabajador, que se erige como "acreedor" de la seguridad laboral, con derecho a la vida y a la integridad física en el entorno de trabajo. Dicha deuda de seguridad viene reconocida en nuestro Ordenamiento Jurídico en

Fecha Recepción: 8-3-2019 – Fecha Revisión: 31-3-2019 – Fecha Aceptación: 22-4-2019
Pags. 63-79

el artículo 14 LPRL, que consagra el deber genérico de seguridad, y del que parten el resto de deberes instrumentales (evaluación de los riesgos, eliminación o reducción de los mismos, formación, vigilancia de la salud etc.). En los casos en que se incumpla dicho deber de seguridad, el Ordenamiento Jurídico prevé un régimen de responsabilidades que recaen sobre quien es el deudor de la obligación, esto es, sobre el empresario, que es quien controla la fuente del riesgo.

Las normas que integran el ordenamiento jurídico de prevención de riesgos laborales tienen carácter imperativo. El Derecho se caracteriza, precisamente, por su potencialidad aplicativa[1]. Si el destinatario del deber de seguridad no acomoda su conducta a los imperativos contenidos en las normas, se producirá una aplicación heterónoma de las mismas, por parte de los aplicadores administrativos o judiciales. En casos de incumplimiento, el ordenamiento jurídico reacciona frente al empresario incumplidor, siendo la responsabilidad el "puente" entre la infracción de la norma y la correspondiente sanción o indemnización. La responsabilidad es elemento ineludible, que funciona a modo de sustrato en el que se apoyan las reacciones del Ordenamiento Jurídico ante los incumplimientos de la norma de seguridad. Así, la responsabilidad se exigirá para la imposición de sanción –en sentido amplio, ya sea penal o administrativa–, para la exigencia de indemnización –civil– o para la aplicación de las consecuencias de Seguridad Social, señaladamente el recargo de prestaciones, cuando procedan.

Si hay una serie de responsabilidades en prevención de riesgos laborales, es porque nuestro Ordenamiento Jurídico entiende que, por el carácter tuitivo propio del Derecho del Trabajo, los incumplimientos lo son no sólo de la obligación "inter-partes" de aquéllos que están ligados por el contrato privado de trabajo (de lo que surgiría una responsabilidad civil), sino que además, el interés colectivo que subyace en la relación laboral es un interés propio de la Administración, que gestiona la seguridad y salud en el trabajo con carácter público, y no lo deja al libre arbitrio de las partes, por el desequilibrio natural de la relación de trabajo.

Como hemos señalado, el Ordenamiento Jurídico prevé unas obligaciones, y por el carácter coercitivo del Derecho, que distingue a las normas jurídicas del resto de normas –morales o de otra índole– en caso de incumplimientos, se establecen mecanismos de carácter imperativo, de modo que se producirá el cumplimiento de manera heterónoma, por parte de la Administración o los órganos jurisdiccionales. Así, se desarrollan instituciones para vigilar el cumplimiento de las normas, y garantizar la eficacia de las mismas. El sujeto que viene obligado por las normas a un comportamiento concreto, en caso de no cumplir, será sujeto responsable, por su capacidad de soportar la sanción. Se configura así la responsabilidad como el "puente" entre la obligación, la infracción y el cumplimiento que se exige de manera coactiva a través de la sanción.

En el ámbito del Derecho Social que nos ocupa, la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la Administración Pública ha nacido paralela a la propia normativa laboral. A finales del siglo XIX surgen las primeras normas laborales, y ya en

[1] En este sentido, cfr. SEMPERE NAVARRO, AV., Coord., CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, 2001, pág. 29 y BLASCO PELLICER, A., *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 13.

1906 nació la Inspección de Trabajo[2], a la que se encomendó la tarea de velar por el cumplimiento de las obligaciones patronales en materia laboral, especialmente en prevención de riesgos laborales. Hasta el Decreto de 1 de marzo de 1906 que crea la Inspección de Trabajo, los cometidos habían recaído en las autoridades gubernativas locales y en las juntas de reformas sociales. Ya en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre el trabajo de mujeres y niños se hablaba de la función inspectora en los centros de trabajo, si bien quedaba supeditada al desarrollo de su estructura. A partir de 1906, la Inspección de Trabajo comienza su singladura hasta la actualidad, correspondiéndole asegurar la eficacia de las obligaciones patronales.

Estos breves apuntes históricos nos muestran la relevancia de la responsabilidad administrativa como punto de partida y eje del sistema de responsabilidades derivado de los incumplimientos del empresario del deber de protección de los trabajadores a su servicio[3], habiendo surgido de manera paralela al Derecho Social, como garantía de su misma eficacia.

Si bien, esta responsabilidad administrativa no es la única que surge en los casos de fallas del deber de seguridad han sido calificadas por la doctrina como un "panorama complejo", puesto que su naturaleza es diversa[4]. Tradicionalmente se suelen distinguir cuatro tipo de responsabilidades, las públicas (penal y administrativa), la privada (civil), y las responsabilidades de Seguridad Social, de naturaleza compleja[5].

Dentro de este panorama general de responsabilidades advertimos que es la administrativa la que despliega toda su virtualidad, y manifiesta su carácter central y nuclear respecto de todas ellas, y ello por cuanto la responsabilidad administrativa es la que de forma más directa, ágil y contundente afronta los problemas que surgen ante el incumplimiento del deber de seguridad laboral, y es por ello que las normas de prevención de riesgos laborales muestran una especial querencia hacia esta responsabilidad[6].

Todas las responsabilidades poseen puntos en común, pero persiguen finalidades diversas, por lo que las técnicas que emplean son también distintas. En cualquier caso, todas ellas parten del incumplimiento del empresario, que opera como "presupuesto inexcusable en

[2] Un resumen de los orígenes y evolución histórica de la Inspección de Trabajo lo encontramos en GARCÍA MURCIA, J., *La Inspección de Trabajo en España: Unos cuantos trazos sobre su evolución histórica*, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social número 128, Madrid, 2017, págs. 19-36.

[3] Cfr. GARCÍA MURCIA, J., "El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil", en VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (Dirs.), Comares, Granada, 2006, págs. 570 y sigs.

[4] Cfr. MONTOYA MELGAR, A., *Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo*, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 53, Madrid, 2004.

[5] Esta naturaleza compleja de la responsabilidad de Seguridad Social se pone de manifiesto de manera especial en el recargo de prestaciones, su instituto por excelencia, que ha sido calificado por la doctrina como "sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio". Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, Civitas, Madrid, 1992, pág. 89. En este mismo sentido, se suele categorizar la responsabilidad de Seguridad Social como de naturaleza pública, puesto que deriva del incumplimiento de deberes de carácter público. Si bien, no tendría carácter sancionador propiamente dicho, puesto que persigue además una finalidad reparadora. Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 153 y ss.

[6] Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 28.

todo caso"[7]. Dado que el punto de partida es la transgresión por parte del empresario de su obligación de seguridad, quedaría fuera del panorama de responsabilidades la disciplinaria por posibles incumplimientos por parte del trabajador de sus obligaciones en materia de prevención, recogidas en el artículo 29 LPRL. Algunos autores incluyen esta responsabilidad disciplinaria dentro del esquema general de responsabilidades por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, nos parece más acertado no incluirla, puesto que el trabajador no es deudor de seguridad propiamente dicho. De hecho, el artículo 14 LPRL tiene una interesante disposición de cierre a efectos de considerar al empresario como deudor único del deber de seguridad, al señalar que "las obligaciones de los trabajadores establecidas en este Ley (…) complementarán las acciones del empresario en esta materia, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia". El trabajador no es deudor de seguridad, sino acreedor, si bien, una imprudencia temeraria por parte del trabajador, puede llegar a eximir al empresario de responsabilidad, como veremos más adelante[8].

La responsabilidad disciplinaria del trabajador queda, por tanto, extramuros del presente estudio, que tiene por objeto la responsabilidad administrativa del empresario, por ser éste el principal deudor de seguridad, sin que sea atenuada su responsabilidad por los posibles incumplimientos de los trabajadores. Si nos referimos al resto de responsabilidades del empresario, más allá de la administrativa, es a los solos efectos de hacer su correcto enmarque jurídico, y de definirla con más precisión, a través de su comparación dentro del sistema general de responsabilidades en prevención de riesgos laborales.

Un aspecto importante a tener en cuenta, y dado que nos encontramos ante cuatro responsabilidades de distinta naturaleza, es la compatibilidad entre ellas. El artículo 42 LPRL aboga por la regla general de su compatibilidad, puesto que son distintas en cuanto a su naturaleza, sus fines, y su manera de actuar[9]. Si bien, dicha compatibilidad ha de matizarse entre la responsabilidad administrativa y penal, ya que, en virtud del principio de *non bis in ídem*, no es posible sancionar dos veces una misma infracción, por lo que, de existir triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, se seguirá la regla de la prejudicialidad penal, como exige el artículo 3 LISOS.

En definitiva, el régimen de compatibilidades entre las responsabilidades pone de manifiesto la peculiaridad del Derecho del Trabajo, con una recíproca influencia entre los ordenamientos laboral, administrativo, penal y de seguridad social[10]. Existen un conjunto de normas que imponen al empresario obligaciones de naturaleza jurídico-pública, que podrían encuadrarse como derecho civil, administrativo o penal. Sin embargo, por su referencia a la

[7] Cfr. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 21-22.

[8] Entre los autores que incluyen la responsabilidad disciplinaria dentro del panorama general de responsabilidades, cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 151 y ss.

[9] Cfr. GARCÍA MURCIA, J., "El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil", en VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (Dirs.), Comares, Granada, 2006, págs. 568 y ss.

[10] SEMPERE NAVARRO A.V., (Dir.), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., y MARTÍN JIMÉNEZ R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., pág. 32.

relación laboral, vienen a integrar un derecho propio, el Derecho del Trabajo. Las intercurrencias entre estos ordenamientos han dado lugar a distintos sistemas de responsabilidad en caso de incumplimiento, y al régimen de compatibilidad entre unas y otras.

2. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL EMPRESARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

Una vez realizada la exposición general del panorama de responsabilidades existentes en caso de incumplimientos en prevención de riesgos laborales, nos centraremos ahora en las especificidades de la responsabilidad administrativa, que como hemos señalado, tiene un carácter principal y nuclear respecto de todas ellas. Y lo haremos centrándonos en la figura del empresario como principal sujeto responsable, puesto que es él el principal deudor de seguridad, por ser quien controla la fuente de riesgo.

Comenzando con los fines de la responsabilidad administrativa, se pone de manifiesto que son fundamentalmente dos, el sancionador y el preventivo. Esta responsabilidad tiene un claro fin sancionador, que viene marcado por el carácter tuitivo que preside la legislación laboral, que justifica el intervencionismo administrativo por la necesidad de vigilar el cumplimiento del orden social[11]. Tiene además, un fin preventivo, puesto que la "amenaza" de la sanción opera como efecto disuasorio de la transgresión normativa, y como potenciador, por tanto, del cumplimiento del deber de seguridad por parte del empresario[12]. Para garantizar la efectividad de la normativa laboral en su vertiente de riesgos profesionales, no basta con la sola existencia de la obligación del empresario, sino que se hace preciso establecer mecanismos de control de su cumplimiento, y un régimen de sanciones previsto para los casos de infracción del deber de seguridad.

A la infracción administrativa le sucede la correspondiente sanción, siempre y cuando haya responsabilidad administrativa, que actúa como puente entre una y otra. En definitiva, para que haya responsabilidad administrativa, tiene que haber una infracción de tal carácter, que viene definida en el artículo 5.2 TRLISOS como "las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta Ley". Tras esta primera aproximación definitoria de la infracción con carácter general, la Ley pasa a tipificar las conductas en los artículos 11, 12 y 13 del mismo texto legal. De tal modo que, en caso de que el empresario cometa alguna de las conductas tipificadas en dichos artículos, es merecedor de sanción administrativa tras la incoación del oportuno expediente sancionador.

[11] Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, Comares, Granada, 2014, págs. 1 y sigs.

[12] Esta doble finalidad represiva y preventiva de la responsabilidad administrativa es pacíficamente aceptada por la doctrina. Por todas, cfr. GARCÍA MURCIA, L., "El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil", en VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (Dirs.) , cit., págs. 570 y sigs.

Sujeto responsable será normalmente el empresario, principal deudor de seguridad, y controlador de la fuente de riesgos. El empresario tiene así una obligación general de seguridad, correlativa al derecho del trabajador a toda seguridad posible[13]. Al ser el empresario el obligado, será él el responsable en caso de incumplimiento. Téngase en cuenta que, en Derecho Administrativo, la persona jurídica sí puede ser responsable, como tendremos ocasión de señalar más abajo.

Pero en cualquier caso, no podemos obviar que el empresario, aun siendo el principal deudor de seguridad, no es el único sujeto con responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales. Así, habrá otros sujetos responsables, en los casos en los que se produce una situación de pluralidad empresarial, ya sea a través de la figura de las empresas de trabajo temporal, que introduce la relación triangular en el ámbito laboral, o a través de la descentralización productiva propia en los casos de empresas coordinadas –contratas o subcontratas, o realización de actividades en un mismo centro de trabajo–.

La creciente complejidad de las relaciones laborales nos llevará a cuestionarnos, para los casos concretos, quiénes son responsables del cumplimiento de las medidas preventivas, y en caso de omisión de las mismas, quienes van a responder de la infracción.

La infracción se comete con el mero incumplimiento, no siendo requisito de imputabilidad en la sanción administrativa la existencia de resultado dañoso[14]. De hecho, la producción de resultado no se considera sino como una agravante de la infracción en sí, tal y como prevé el artículo 39 TRLISOS, a través de la consideración de la gravedad de los daños causados. La infracción no consiste en la producción de un daño, sino en la producción de un riesgo, de tal forma que ilícito es la actividad que produce un riesgo. Ahora bien, podemos distinguir dos tipos de riesgo, según sea este abstracto o concreto. La infracción de peligro concreto precisa de una valoración concreta de lo que sucedió, mientras que la infracción de peligro abstracto desvalora el riesgo potencial producido por una acción u omisión concreta, con independencia de que se materialice o no dicho riesgo[15]. Esta diferencia tiene gran virtualidad en relación con la mera inobservancia, que en la materia que nos movemos es crucial. La infracción administrativa se produce aún por la "mera inobservancia" de las medidas de prevención de riesgos laborales, independientemente de que se produzca un daño, e incluso independientemente de que el riesgo llegue a materializarse. Bastaría con el "riesgo potencial", para considerar que hay infracción administrativa. Si el empresario no adopta todas las medidas de prevención posibles, se estaría creando riesgo para los trabajadores, si bien ese riesgo habitualmente será concreto, para los trabajadores propios de la empresa en la que no se adoptan las medidas, puede ser que el riesgo no se llegue a materializar, situándonos en el ámbito del "riesgo potencial", esto es, del riesgo abstracto.

[13] MONERO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 22.

[14] GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 76.

[15] En cuanto al riesgo abstracto y concreto, cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 148 a 151. Nieto considera que "el riesgo abstracto es el puente por el que se pasa del Derecho Administrativo Sancionador de culpa al de mera inobservancia, (…) es el gran desafío del Moderno Derecho". La figura del riesgo abstracto habría provocado un "verdadero cataclismo" en el Derecho Administrativo "desde el momento en que se exige responsabilidad en ausencia de daño, y aun de riesgo concreto", pág. 150.

En la práctica, tanto en casos de riesgo abstracto como concreto, nos encontraríamos con el ilícito administrativo, siquiera a título de simple inobservancia. La apreciación y valoración de los riesgos corresponderá al Inspector de Trabajo que desarrolle la labor de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales. De ahí la conveniencia de estos ilícitos administrativos, que permiten una mayor inmediación respecto de los hechos a enjuiciar que la que tienen los Jueces y Tribunales, como bien ha reconocido el Tribunal Constitucional, en Sentencia 77/1983: "La conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados". Aunque en sentido estricto, no se produce una verdadera inmediación de la autoridad sancionadora, puesto que la Inspección de Trabajo es propiamente autoridad instructora, correspondiendo la sanción a la Autoridad Laboral.

Referencia especial merece la culpabilidad del sujeto infractor, de la que ya hemos adelantado algo al referirnos a la mera inobservancia, y que es, en palabras de Nieto, el corazón mismo del Derecho Administrativo Sancionador[16]. En este sentido, conviene aquí referirnos a la atenuación del principio de culpabilidad en esta responsabilidad administrativa, a través de la consideración de la responsabilidad "cuasi objetiva", toda vez que cierta culpabilidad se ha de exigir al sujeto, en aplicación del principio de culpabilidad consagrado constitucionalmente en el artículo 25 CE, si bien dicha culpabilidad no se exige de modo estricto, sino que basta que con falta de cuidado y atención se produzca la infracción[17].

Llegados a este punto, conviene aquí reflexionar sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública, puesto que si hay responsabilidad administrativa, es precisamente porque la Administración puede exigir dicha responsabilidad.

La potestad sancionadora de la Administración Pública se fundamenta en el *Ius Puniendi* del Estado, que puede manifestarse tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa[18]. Es el mismo *Ius Puniendi* del Estado, que tiene dos manifestaciones, la jurisdiccional penal y la administrativa, quedando esta última siempre bajo la posibilidad de ser revisada judicialmente. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, en la célebre Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, en la que se reconoce como imposible la separación de poderes estricta: "No cabe duda de que en un sistema en el que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable. (…) siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una

[16] NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 319. Este autor es crítico con la doctrina mayoritaria, que entiende que la exigencia de culpabilidad es una cuestión pacífica, en cuanto a su exigencia por parte del derecho administrativo sancionador, al venir sustentada constitucionalmente en el artículo 25 CE. Nieto entiende, por el contrario, que la exigencia de culpabilidad carece de base constitucional y que no hay razones fundadas para extender su aplicación al Derecho Administrativo Sancionador.

[17] En este sentido, Cfr. MONERO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 28 y sigs., GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 77 y sigs., y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales*, pág. 17.

[18] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, XV Edición, Aranzadi, Pamplona 2017., pág. 173.

potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25.3, aunque, como es obvio, sometiéndola a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos".

Las cautelas a las que se refiere la Sentencia constitucional son básicamente dos. Por un lado, el sometimiento de las resoluciones sancionatorias de la Administración a la revisión jurisdiccional, y por otro, la aplicación de los principios inspiradores del orden penal "con ciertos matices" al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado[19].

Queda claro que la potestad sancionadora de la Administración se fundamenta en el *Ius Puniendi* del Estado. Ahora bien, dicho esto, resta añadir que el Derecho Administrativo Sancionador no es, en palabras de Nieto "una suerte de Derecho Penal vergonzante", sino que la potestad sancionadora es aneja a la potestad que tiene la Administración Pública de gestionar los intereses públicos[20]. Como venimos señalando, la Administración gestiona los intereses público-laborales a través de la imposición de obligaciones, que serán sancionadas en caso de incumplimiento. La posibilidad de la sanción por parte de la Administración se fundamenta, por tanto, en su propia potestad para la gestión de los intereses públicos que le son propios, no es una potestad de sanción penal de segunda categoría.

Tras esta breve referencia a la potestad sancionadora de la Administración Pública, procede ahora centrarnos en la figura del sujeto responsable. El trío entre obligación, infracción y sanción se completa con la responsabilidad administrativa, que actúa como puente entre ellas, como base sobre la que se asienta la imposición de la sanción. Así, tendríamos que una vez establecidas las obligaciones a través de normas jurídicas, procede su cumplimiento por parte de los destinatarios de las mismas. Si ello no es así, tendríamos un incumplimiento por parte del empresario como sujeto obligado, incumplimiento que viene a ser el presupuesto inexcusable para la exigencia de la responsabilidad administrativa a través de la imposición de la oportuna sanción.

Si el incumplimiento del empresario es el presupuesto inexcusable, resulta que el empresario será el sujeto imputado típico, sujeto responsable en prevención de riesgos laborales.

Cualquier referencia al sujeto responsable por infracciones en el orden social, pasa por la mirada al artículo 2 LISOS. Precepto que se conforma sobre una noción general del sujeto responsable, conjugada con un listado pormenorizado de los mismos. De modo que combina la definición genérica con la determinación específica en función del ámbito material de la infracción. Con esta técnica, se trata de evitar la impunidad de incumplimientos en el orden social por falta de determinación del sujeto activo[21]. Si bien, y

[19] STC 18/1981.

[20] NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pág. 25. Seguimos en este punto la doctrina de Nieto: "contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos.

[21] MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Comentario al art. 2. Sujetos responsables de la infracción", en VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el (...)*

dado el principio de tipicidad, que actúa como principio general del derecho punitivo, la Administración no puede ir más allá de los sujetos responsables que se determinan en este artículo 2, que actuaría como *numerus clausus* de los mismos, no pudiendo ser sujeto responsable de una infracción el que no venga definido como tal en este precepto, o en otro precepto de rango legal, que así lo determine.

Quiere esto decir que, en aras de cumplir con los principios de legalidad y de tipicidad, los sujetos responsables han de estar claramente definidos, no quedando al amparo de decisiones administrativas ulteriores. El vigente texto de la LISOS quiso acabar con la dispersión normativa anterior en lo que se refiere a las infracciones en el orden social, y recoger en un texto único infracciones, sanciones, y sujetos responsables. Sin embargo, han quedado fuera de esta unificación normativa las infracciones en materia de extranjería, que siguen regulándose en la LOEX.

El empleador es el responsable por excelencia en las relaciones laborales, y por tanto en la materia concreta de prevención de riesgos laborales será el empresario el sujeto imputado típico, el "empresario en la relación laboral", como reza el primer apartado del artículo 2 LISOS, que completado con la definición de empresario contenida en el artículo 1.2 ET, podrá ser persona física, o jurídica o comunidad de bienes, que reciba la prestación de servicios del trabajador.

Junto al empresario, también el artículo 2 LISOS prevé como sujetos responsables otros que no son directamente el empresario de la relación laboral, pero a los que la ley les reconoce obligaciones preventivas, y por tanto responsabilidades en caso de incumplimientos. Se trata de los casos de descentralización productiva –contratas y subcontratas–, empresas coordinadas –que pueden prestar servicios en un mismo centro de trabajo–, empresas de trabajo temporal, e incluso fabricantes.

En relación con estos otros sujetos responsables, resulta crucial la responsabilidad solidaria, que puede hacer quebrar el principio de personalidad de la infracción, por la posibilidad, si quiera teórica, de exigir responsabilidad por hechos cometidos por un tercero. Es decir, la clave está en la presencia del principio de culpabilidad, en si es inexcusable o no la exigencia de la culpabilidad en el responsable solidario en todo caso[22]. En cualquier caso, si por culpabilidad entendemos la mera inobservancia, en el responsable solidario se habrá de dar una culpa, aunque sea levísima, por la mera inobservancia, o al menos una culpa *in vigilando*.

La responsabilidad está íntimamente unida al principio de culpabilidad. A priori, podríamos decir que sólo puede ser responsable quien puede ser culpable. Y a *sensu contrario*, que clarifica aún más lo que queremos decir, si no se es culpable, no se puede exigir responsabilidad. La culpabilidad es elemento volitivo, subjetivo, que se exige al sujeto

Orden Social y normas concordantes, GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (Dirs.), cit., pág. 64.

[22] Nieto considera la solidaridad como el "nudo gordiano" de la responsabilidad. La legislación a este respecto es confusa, y la jurisprudencia vacilante, negando la responsabilidad objetiva en la teoría pero admitiéndola en la práctica. Un claro ejemplo de ello es la STS de 26 de enero de 2002, que propugna la responsabilidad solidaria de todos los incluidos en la cadena de subcontratación en el sector de la construcción. Cfr. NIETO GARCÍA, A., Derecho administrativo sancionador, cit., págs. 387-391.

responsable para que se le pueda imponer la sanción. Cualquier estudio sobre la responsabilidad administrativa gira una y otra vez alrededor de la culpabilidad, como si del mito de Sísifo se tratara. Y es que la culpabilidad hace temblar los cimientos sobre los que se construye la responsabilidad administrativa.

El sujeto responsable, tal y como viene configurado en el artículo 2 LISOS, puede ser persona física, o jurídica o comunidad de bienes. Y ello nos lleva a detenernos en la capacidad de imputabilidad de las personas jurídicas, e incluso de los entes sin personalidad. Por su propia definición, una persona jurídica no es capaz de culpabilidad, dado que carece de elemento volitivo, de intención subjetiva.

Tradicionalmente, las personas jurídicas no han podido ser sujetos activos de delitos, bajo el principio *societas delinquere non potest*. Si bien, tras la reforma operada en el Código Penal en el 2010, se ha quebrado dicho principio, y las personas jurídicas pueden ya ser imputadas penalmente.

Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no rige este principio de inimputabilidad de las personas jurídicas, y se ha admitido sin ambages la responsabilidad de personas jurídicas e incluso de entes sin personalidad, y ello por cuanto que el principio de personalidad de las penas viene atenuado en el Derecho Administrativo Sancionador, al no imponerse pena privativa de libertad.[23] El principio de culpabilidad a las personas jurídicas se ha de aplicar, pues, de forma distinta, más atenuado.

Esta doctrina ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la STC 246/1991, de 19 de diciembre. Así, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de personalidad de la sanción no impide que el Derecho administrativo sancionador admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas. Llegados a este punto, hemos de plantearnos si ello implica la supresión del elemento subjetivo de culpa. En cualquier caso, queda claro que al menos su exigencia se modula, llegando a la responsabilidad a través de la capacidad de soportar la sanción[24]. No se precisa que se constate intención de infringir, ni siquiera negligencia o descuido, pero sí que se constate que por falta de cuidado y atención se produzca la infracción[25]. Se trata, por tanto, de llegar a la responsabilidad no a través de la culpabilidad, como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción[26].

Las personas jurídicas tienen una naturaleza de ficción jurídica, se crea la *fictio* de su personalidad, con capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Tienen capacidad de infracción, de no cumplir con las obligaciones que les vienen impuestas, y por tanto tienen capacidad para soportar la sanción. Así se ha entendido siempre en Derecho Administrativo, donde además no actúa la pena privativa de libertad, y no se quiebra el principio de personalidad de la sanción.

[23] MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Comentario al art. 2. Sujetos responsables de la infracción", en VVAA.: *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (Dirs.), cit., págs. 65 y sigs.

[24] Ibidem, pág. 66.

[25] GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 78.

[26] NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pág. 402.

La responsabilidad administrativa vendría configurada, en definitiva, por la capacidad de soportar la sanción, y no tanto por la culpabilidad del sujeto responsable. Esta afirmación no pretende llevar a una ausencia total de la exigencia del principio de culpabilidad, ni a una responsabilidad totalmente objetiva sin elemento volitivo. Se trataría, más bien, de adecuar la teoría a la realidad, y no al revés. En la materia que nos ocupa, se está llegando a una responsabilidad que podríamos denominar "quasi objetiva", sobre todo por la especial trascendencia que tiene aquí el ámbito de las personas jurídicas. Si responsable es el empresario, cada vez es más raro el caso en el que el empresario sea persona física, dada la proliferación de personas jurídicas empleadoras, precisamente con el objetivo de limitar la responsabilidad de todo tipo. La culpabilidad que se le exige a la persona jurídica en la materia preventiva es la mera inobservancia, esto es, una responsabilidad "quasi objetiva", que se aleja de las exigencias de culpabilidad propias de la responsabilidad penal.

Todas estas consideraciones nos conducen a que la responsabilidad administrativa venga definida por la capacidad de soportar la sanción[27]. Puede ser sujeto responsable, entonces, quien, habiendo incurrido en un incumplimiento, pueda soportar la infracción. Si la responsabilidad administrativa es el puente que une la obligación, el incumplimiento y la sanción, tendríamos que es la capacidad de soportar la sanción por quien ha incumplido una obligación el núcleo mismo de la responsabilidad.

Ello nos lleva a distinguir entre autores y responsables[28]. Autor es el infractor, a quien se le aplicaría la regla de la culpabilidad propiamente dicha. Responsable, sin embargo, será quien debe soportar las consecuencias de la infracción. Lo habitual será que autor y responsable sean el mismo sujeto, pero puede ocurrir que no sea así, como por ejemplo en el caso de las personas jurídicas, en que el autor será la persona física concreta, mientras que la responsabilidad recaerá sobre la persona jurídica en nombre de quien actúa. Se trata de ver no quiénes han incumplido, sino de quiénes responden por el incumplimiento, y es que en ocasiones, la ley disocia ambas figuras, y las concreta en personas distintas, hasta el punto de que se es infractor por haber realizado el tipo, y se es responsable porque así lo declara la ley. El artículo 2 LISOS responde a esta circunstancia, señalando de manera expresa, a modo de numerus clausus, como venimos diciendo, quiénes pueden ser responsables, esto es, a quiénes se les puede exigir que soporten las consecuencias de la infracción. Con esta doble figura, podríamos encontrarnos con que la culpabilidad se le exija al autor, pero no necesariamente al responsable, ya que se trata de determinar no quiénes "han hecho", sino quiénes "responden".

A estos efectos, para determinar la relación de un sujeto con una infracción, habrá que analizar, caso por caso, si es autor y si es responsable, pues pudiera ocurrir que concurran ambas cualidades, o que siendo autor no sea responsable, o que sin ser autor sí sea responsable. En definitiva, de acuerdo con Nieto, para saber quién sea el responsable de la infracción, habrá que determinar quién es el autor, y junto a ello, habrá que buscar la causa de imputabilidad de responsabilidad, para determinar si el autor es o no responsable. Dicha

[27] Cfr. NIETO GARCÍA, J., *Derecho administrativo sancionador*, págs. 391 a 414. Al hilo de la culpabilidad de las personas jurídicas, pone de manifiesto los límites del principio de culpabilidad como sostén de la responsabilidad administrativa, y la necesidad de llegar a la responsabilidad administrativa a través de la capacidad de soportar la sanción, y no a través de la culpabilidad, como es lo ordinario.

[28] Para la distinción entre autor y responsable que aquí se expone, cfr. NIETO GARCÍA, J., *Derecho administrativo sancionador*, págs. 418 a 425.

causa de imputación de responsabilidad puede venir determinada *ex lege*, *ex culpa (in vigilando, in eligendo, in conservando)*, *ex contractu* o *ex bono*). En el orden sancionador social, y concretamente en prevención de riesgos laborales, tiene una gran relevancia la culpa *in vigilando*, puesto que, en la mayoría de los casos la culpa del empresario se extrae de la falta de vigilancia de una determinada situación que ha supuesto la creación de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Pero incluso, yendo más allá hasta los confines mismos de la culpabilidad, en prevención de riesgos laborales observamos que la mayoría de los tipos son de peligro abstracto, y con la mera inobservancia se produce la infracción, lo que lleva a atenuar tanto la exigencia de culpa, que prácticamente podemos hablar de una responsabilidad quasi-objetiva.

3. LA RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL: EL RECARGO DE PRESTACIONES

Junto a la responsabilidad administrativa, el Ordenamiento prevé también la responsabilidad de Seguridad Social, para aquellos casos en los que, además de incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, se haya actualizado un resultado dañoso. Es precisamente la producción del resultado dañoso una especificidad propia de la responsabilidad de Seguridad Social. Mientras, como veíamos, la responsabilidad administrativa se exige por el mero incumplimiento, sin que sea preciso que se haya producido un daño concreto, para la exigencia de responsabilidad de Seguridad Social sí es presupuesto que haya habido un daño concreto. Ello es así por la propia naturaleza de la Seguridad Social, que nace para subvenir necesidades de los trabajadores por las rentas que dejan de percibir cuando se actualiza alguna de las situaciones protegidas por la normativa de Seguridad Social. Así, en caso de que un trabajador haya sufrido un daño como consecuencia de un incumplimiento del empresario por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, además de la responsabilidad administrativa o incluso penal que pudiera derivarse del incumplimiento, se derivará también la responsabilidad de Seguridad Social, compatible con aquélla. Es decir, la responsabilidad de Seguridad Social viene a sumarse a la responsabilidad administrativa en aquellos casos en los que, como consecuencia de falta de medidas de seguridad, el trabajador haya tenido un accidente causado precisamente por esa falta de medidas de seguridad. En tal caso, además de la responsabilidad administrativa o penal, procederá también la responsabilidad de Seguridad Social, de naturaleza jurídica compleja, como veremos a continuación.

El estudio de la responsabilidad de Seguridad Social lo centraremos en el recargo de prestaciones, del artículo 164 LGSS. No es la única manifestación de esta responsabilidad[29], pero sí es la más característica, estrechamente ligada a los accidentes de trabajo producidos por falta de medidas de seguridad, con resultados dañosos para los trabajadores, lo que se pone de manifiesto tanto en la naturaleza jurídica como en la función propia del recargo de prestaciones, como veremos más adelante.

En cualquier caso, antes de adentrarnos en el recargo, hemos de tener en cuenta que el contenido de esta responsabilidad de Seguridad Social es más amplio y hay otros supuestos además del recargo de prestaciones. Concretamente, dentro de la responsabilidad de

[29] Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 154.

Seguridad Social nos encontramos con los supuestos previstos en el artículo 167 LGSS, y en los artículos 242 y 243 LGSS, que admiten la responsabilidad directa del empresario en el pago de prestaciones en determinados casos por incumplimientos de sus obligaciones específicas.

Así, en el primero de estos supuestos, el del artículo 167 LGSS, se prevé la responsabilidad directa del empresario en el pago de prestaciones en caso de haber incumplido las obligaciones de afiliación, alta, baja o cotización. Esto es, en caso de que el empresario no haya cumplido con las obligaciones básicas de afiliación, alta, baja o cotización, le corresponderá asumir el pago directo de las prestaciones. Sin embargo, esta responsabilidad directa es muy limitada, por cuanto en esta materia juega el principio de automaticidad de prestaciones, por lo que la responsabilidad del empresario, en la práctica, es casi inexistente.

Por su parte, los artículos 242 y 243 LGSS, respectivamente, prevén dos supuestos más de responsabilidad directa del empresario en el pago de prestaciones. En el primer caso, se prevé la responsabilidad directa por falta de cumplimiento de la orden de paralización dictada por la Inspección de Trabajo, si como consecuencia de ese incumplimiento se produce un accidente de trabajo. En el segundo caso, del artículo 243 LGSS, la responsabilidad directa vendría dada en caso de declararse una enfermedad profesional, sin haber cumplido el empresario su obligación de vigilancia de la salud. Ambos supuestos de responsabilidad directa son escasos en la práctica, y de ahí que no nos dediquemos a ellos en el presente artículo, y tienen por tanto una virtualidad limitada, si bien el legislador ha optado por mantenerlos por la grave trascendencia que supone el incumplimiento de las obligaciones sustantivas de base.

Centrándonos ya en el recargo de prestaciones, institución por antonomasia de responsabilidad de Seguridad Social, y muy anudada a las normas de seguridad y salud laboral, lo que se pone de manifiesto tanto en su naturaleza jurídica como en su función.

El recargo entra en juego en aquellos casos en los que se haya producido un accidente de trabajo –o enfermedad profesional– "por equipos de trabajo, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características, y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador" (artículo 164 LGSS). Es decir, el recargo procederá en los casos en los que nos encontremos con un empresario infractor, de cuya infracción en condiciones materiales de seguridad se haya derivado un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Como venimos señalando, la relación entre la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales y el recargo de prestaciones se pone de manifiesto tanto en la naturaleza jurídica como en la función de la institución del recargo, y a ambas nos vamos a referir a continuación.

En cuanto a la naturaleza jurídica, señalar que se ha debatido ampliamente si el recargo es de naturaleza sancionadora o indemnizatoria[30], y ello por cuanto conlleva que en él se une un componente sancionador y otro reparador. Así, tenemos un componente sancionador –se propone cuando el accidente haya tenido lugar por falta de medidas de prevención–, y un componente reparador –la consecuencia es el aumento de la prestación que corresponda de un 30 a un 50%–.

Tal naturaleza compleja ha llevado a Monereo a definirlo acertadamente como "sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio"[31], y ello por cuanto la sanción negativa no tiene una función únicamente represiva o intimidatoria, sino también reparadora, en forma indemnizatoria, que se traduce en el aumento de la prestación para el trabajador o sus causahabientes, en su caso. Y la especificidad de esta figura reside, precisamente, en que no se puede separar ambos componentes, puesto que el recargo es tanto sanción para el empresario (de carácter represivo), como en indemnización para el trabajador (con su naturaleza reparadora propia). De estos dos aspectos se derivaría el carácter "sui generis" del recargo[32].

Por su parte, la jurisprudencia solía pronunciarse por el carácter sancionador, aun reconociendo un cierto sentido indemnizatorio. Si bien finalmente, la posición que ha acabado triunfando en la Jurisprudencia ha sido la entender la naturaleza del recargo como sanción unitaria compleja de carácter intimidatorio. Por todas, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 octubre de 2000 reconoce la naturaleza sancionatoria del recargo de prestaciones, y no puramente indemnizatoria. En ella se afirma que el recargo "es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo". Incluso la jurisprudencia ha venido a reconocer la naturaleza compleja del recargo distinguiendo hasta tres componentes diferentes: preventivo, sancionador y resarcitorio[33].

A esta naturaleza compleja, corresponde también una funcionalidad del instituto de carácter complejo también. El recargo posee intencionalidad represiva –aflictiva–, por traducirse en una sanción económica, y tiene también una clara función preventiva, pues la amenaza de su imposición juega con carácter de prevención frente al incumplimiento de las obligaciones del empresario.

Esta función preventiva del recargo es fundamental para entender porqué se ha de mantener esta institución, a pesar de las voces doctrinales que propugnan su desaparición[34]. El recargo cumple una función esencial en orden a incentivar y garantizar la prevención

[30] Un resumen del debate al respecto lo encontramos en MONEREO PÉREZ, J.L., "El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas" en VVAA., MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) Tomo I, Murcia, Laborum, 2017.

[31] MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 89.

[32] Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 28 y sigs.

[33] En este sentido, STS de 20 de abril de 2017.

[34] A favor de la supresión del recargo, cfr. VVAA.; *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España: estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención*, DURÁN LÓPEZ, F., (ed.), Madrid, ministerio de Presidencia-BOE, 2001.

colectiva, ya que trata de incentivar al empresario, principal deudor de seguridad, a cumplir con su deuda de seguridad con la mayor diligencia posible, potenciando así la vertiente colectiva, centrándose no sólo en la víctima, sino en la misma evitación del accidente, en la protección frente al riesgo. Para ello, se actúa sobre los costes de prevención y los costes de no prevención, elevando estos mediante el recargo de prestaciones, lo que abarata por comparación los costes de prevención[35]. Así, la "amenaza" del recargo supone un incentivo para potenciar el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral. En esta funcionalidad preventiva se pone de manifiesto la estrecha relación entre la responsabilidad administrativa y de Seguridad Social por incumplimientos en prevención de riesgos laborales.

Así las cosas, para que entre en juego la aplicación del recargo de prestaciones, el supuesto de hecho exige varios elementos, concretamente, que se produzca un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que haya falta de medidas de seguridad, la relación de causalidad entre falta de medidas de seguridad y accidente, y el daño producido como consecuencia del mismo[36].

Sujeto de la responsabilidad por recargo es el empresario[37] infractor, que es quien tiene la obligación de garantizar las medidas de seguridad como consecuencia del deber que le impone el artículo 14 LPRL. Será precisamente la infracción de su deber de seguridad el que genere la consecuencia del recargo en caso de actualizarse el daño.

Ahora bien, aun cuando el presente estudio lo estamos centrando en el empresario de la relación laboral, no podemos obviar que responsable es el "empresario infractor", conforme al artículo 164.2 LGSS, pudiendo existir supuestos en los que empresario infractor sea un sujeto distinto del propio empresario del trabajador, cuando se trate de empresario con obligaciones preventivas hacia el trabajador dañado. Ello sucede en los casos de descentralización productiva –contratas o subcontratas correspondientes a la propia actividad y en los centros de trabajo del empresario principal y en las restantes contratas por el deber de coordinación del artículo 24 LPRL–, en los supuestos de empresas de trabajo temporal –en los que es la empresa usuaria la responsable de la seguridad y salud del trabajador en el desarrollo de su actividad, sin perjuicio de las obligaciones preventivas de la ETT–, o en los casos de sucesión de empresas que conlleven transmisión de la personalidad empresarial –fusión, absorción, escisión, transformación de sociedades–[38].

[35] ALFONSO MELLADO, C.L., *El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su futuro*, en Laborum, número 17, Murcia, 2018, pág. 59.

[36] La relación de causalidad se traduce en la "objetivación del nexo causal entre falta y siniestro". La medida del recargo no se aplica porque exista accidente de trabajo y falta de medidas de seguridad, sino que se exige la relación de causalidad típica entre uno y otras. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 30 y sigs.

[37] El empresario "laboral" puede ser un ente sin personalidad jurídica. En tales ocasiones, dichos entes devienen en centros de imputación de obligaciones, y por tanto la responsabilidad por incumplimiento de las mismas recaerá sobre las personas físicas a través de las cuales actúe la organización. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 64.

[38] Un resumen completo de las distintas situaciones que pueden dar lugar a responsabilidad en el recargo de prestaciones por sujeto responsable distinto del empresario del trabajador lo encontramos en ALFONSO MELLADO, C.L., *El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su futuro*, en Laborum, número 17, Murcia, 2018, págs. 66 a 75.

Para la imputación de esta responsabilidad, se precisa exista culpa o negligencia, si bien la misma se traduce en una responsabilidad "cuasi-objetiva", toda vez que, cuando se reconozca la relación de causalidad entre el accidente producido y la falta de medidas de seguridad, se entenderá que hay culpabilidad, de modo que la culpabilidad se reconoce a modo de presunción legal de su existencia, en el momento en el que opera la relación de causalidad[39].

El carácter de inasegurabilidad del recargo responde a la naturaleza compleja del recargo y a su función preventiva de carácter colectivo. Dado que en parte el recargo es sanción, no procede su aseguramiento. Si sólo fuera indemnización, y no sanción, si podría ser asegurable. En este aspecto se nos muestra, una vez más, la naturaleza compleja que posee. A su vez, impedir su aseguramiento garantiza mejor la función propia del recargo[40] de fomentar el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales y disuadir de su incumplimiento.

Respecto de la compatibilidad con otras responsabilidades, y dada la naturaleza compleja del recargo, éste es compatible con la responsabilidad administrativa e incluso penal, y ello por su naturaleza reparadora, que justifica que no se conculque el principio del *non bis in ídem*. Y así viene recogido en la propia norma reguladora del instituto, que reconoce su compatibilidad con el resto de responsabilidades derivadas del ilícito, incluso penales. Ello no obstante, se hace preciso matizar que, en el caso de entrar en juego la responsabilidad civil por los daños derivados y perjuicios causados, el Juez de lo Civil habrá de modular la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta el recargo impuesto[41].

De acuerdo con las características analizadas del recargo de prestaciones, se pone de manifiesto que tiene una estrecha relación con la responsabilidad de carácter sancionador, ya sea administrativa o penal, en los casos en que hay un resultado dañoso por incumplimiento del deber de seguridad por parte del empresario. Junto a ello, precisamente por su carácter reparador de prestación de Seguridad Social, tiene una naturaleza indemnizatoria, que deriva precisamente del incumplimiento existente.

La naturaleza reparadora propia de esta institución hará que el recargo entre en juego incluso en casos en que haya podido prescribir la infracción, teniendo cierta independencia respecto de ella, y por tanto pueda no exigirse la responsabilidad administrativa propiamente dicha, pero sí pueda exigirse el recargo de prestaciones, que prescribe con posterioridad a la propia prescripción de la infracción administrativa. Así las cosas, la acción para reclamar el recargo prescribirá a los cinco años del reconocimiento de la prestación a la que se anuda[42]. Todo ello pone de manifiesto que, siendo el recargo en cierto modo "adjetivo" respecto de la infracción, tiene también independencia respecto de ella, ya que puede reconocerse aun

[39] Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 28 y sigs.

[40] En este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L., *El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su futuro*, en Laborum, número 17, Murcia, 2018, pág. 79.

[41] Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 78. En el mismo sentido MONTOYA MELGAR, A., *El panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo*, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cit., pág. 312.

[42] En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia, por todas, STS 18 de diciembre de 2015.

cuando no pueda iniciarse un procedimiento sancionador por haber prescrito la infracción de la que deriva.

4. CONCLUSIONES

Tras el estudio de conjunto de la responsabilidad Administrativa y de Seguridad Social derivada de los casos de incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, se pone de manifiesto lo que sigue:

— Ambas responsabilidades son manifestaciones del carácter heterónomo de las normas de prevención de riesgos laborales, que en caso de incumplimientos por parte del deudor de seguridad, el Ordenamiento Jurídico prevé la reacción de exigencia de responsabilidad.

— El sujeto responsable para ambas responsabilidades será el empresario, deudor de seguridad con dominio de la fuente de riesgo. En este sentido, incluso se prevé el carácter inasegurable del recargo de prestaciones, lo que hace más patente aún la responsabilidad del empresario. Si bien, en ambos casos es preciso tener en cuenta que puede haber otros sujetos distintos del empresario del trabajador, que puedan tener responsabilidad tanto preventiva como en el recargo de prestaciones, por tener atribuidas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Tal es el caso de las empresas coordinadas –contratas y subcontratas–, y las empresas de trabajo temporal, e incluso los supuestos de sucesión de empresas en que se mantiene la personalidad jurídica.

— Si bien la responsabilidad administrativa se produce por el mero incumplimiento, sin que sea preciso un resultado dañoso, para que haya responsabilidad en Seguridad Social sí ha de haber un daño concreto, no bastando con el peligro abstracto para su exigencia.

— La responsabilidad administrativa tiene carácter nuclear, mientras que la responsabilidad de Seguridad Social tiene un carácter adjetivo respecto de aquélla.

— Ambas responsabilidades se exigen al empresario culpable, siendo la culpa un elemento esencial para la imputabilidad. Si bien, la culpa que se exige es de tipo "cuasi-objetivo", pues prácticamente será suficiente dilucidar el incumplimiento por parte del empresario para exigir la responsabilidad, por la capacidad de soportar la sanción, en el caso de la responsabilidad administrativa, y por la existencia de un accidente laboral derivado de falta de medidas de seguridad para determinar la responsabilidad en Seguridad Social.

— En ambas responsabilidades se advierte una clara funcionalidad preventiva, para tratar de incentivar el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 19 (2º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La prescripción de la acción de daños derivada de accidente de trabajo: dos cuestiones (*dies a quo* y carga de la prueba)

The time limit of claims for injuries arising from a workplace accident: two issues (*dies a quo* and burden of proof)

JESÚS R. MERCADER UGUINA
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

ANA DE LA PUEBLA PINILLA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Resumen

La prescripción de las acciones de reclamación de daños derivados de accidentes de trabajo viene suscitando numerosos problemas en la práctica judicial. En el presente comentario se analizan dos aspectos vinculados con esta cuestión que han sido tratados y resueltos recientemente por el Tribunal Supremo. El primero de ellos, referido al dies a quo para el cómputo de la prescripción en los casos en que la resolución administrativa que resuelve sobre la incapacidad del trabajador derivada del accidente no es objeto de impugnación. El segundo, relativo a la identificación del sujeto sobre el que recae la carga de la prueba de la prescripción. En ambos casos, el Tribunal Supremo ha resuelto, matizando du doctrina anterior, algunas de las dudas que tales cuestiones suscitan, aclarando así algunas cuestiones claves en materia de responsabilidades derivadas del accidente de trabajo.

Palabras clave

Accidente de trabajo, daños y perjuicios, prescripción, carga de la prueba

Abstract

The time limit of claims for injuries arising from workplace accidents has been causing numerous problems in judicial practice. Here we will address two aspects related to this issue that have been dealt with and resolved recently by the Supreme Court. The first of them refers to *dies a quo* for the calculation of the time limit in which the administrative ruling on the worker's accident-related disability is not subject to challenge. The second refers to the identification of the subject on whom the burden of proof of the time limit falls. In both cases, the Supreme Court has recently issued resolutions, which highlight the previous legal principles and some of the doubts that these issues raise, thus clarifying some key issues in terms of liabilities arising from workplace accidents.

Keywords

Workplace accident; injuries; time limit; burden of proof

1. PRESCRIPCIÓN Y ACCIONES DERIVADAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

El juego de la prescripción resulta especialmente complicado en el ámbito de las acciones derivadas del accidente de trabajo. La complejidad deriva, por una parte, de la pluralidad de acciones que el accidente de trabajo puede generar: la reclamación para que se fijen las consecuencias del mismo sobre la capacidad laboral del trabajador y, en su caso, la impugnación judicial de la resolución administrativa que las concreta; la solicitud de fijación del recargo de prestaciones; la reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente –que a su vez puede dirigirse contra el empresario y/o contra la compañía aseguradora–; las

Fecha Recepción: 22-1-2019 – Fecha Revisión: 3-5-2019 – Fecha Aceptación: 5-5-2019
Pags. 83-93

acciones penales contra los responsables del accidente o, finalmente, la reclamación por la eventual responsabilidad administrativa de la empresa por incumplimiento de las medidas de prevención. Y, por otra, de los efectos que el planteamiento de cualquiera de estas acciones puede generar sobre las demás que, en su caso, lleguen a interponerse. El problema de los efectos interruptivos que cada una de estas acciones judiciales puede generar sobre la prescripción de las demás suscita, en la práctica, buen número de problemas que la doctrina judicial ha ido resolviendo en numerosos pronunciamientos[1].

Cuando se trata, en particular, de la reclamación judicial de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo, la situación es aún más complicada en la medida en que la viabilidad de la acción de resarcimiento está condicionada a la determinación de los daños y al conocimiento por el perjudicado de los mismos. Por ello es esencial, a efectos de computar el plazo de prescripción, identificar ese momento en que los daños quedan fijados y son conocidos por el trabajador. Y ello no es sencillo cuando se trata de daños, ya sean de tipo corporal o psicológico, como los derivados de un accidente de trabajo en los que, aunque el daño pueda evidenciarse de forma inmediata, su alcance y consecuencias se prolongan en el tiempo.

Diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo han abordado el análisis de esta cuestión, poniendo de manifiesto las dificultades que plantea la fijación del *dies a quo* para el cómputo de la prescripción de la acción por daños derivados del accidente de trabajo. Interesan ahora, en particular, aquellas resoluciones judiciales que han abordado la identificación del día en que se inicia el cómputo de la prescripción cuando la resolución administrativa por la que se declaran los efectos que el accidente ha tenido sobre la capacidad laboral del trabajador no es impugnada judicialmente, aquietándose el trabajador con el contenido de la misma.

Esta cuestión ha sido abordada en dos relevantes sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016 (Rec. 2527/2014) y de 5 de julio de 2017 (Rec. 2734/2015), que aportan, respectivamente, respuesta a dos cuestiones fundamentales: la fecha que debe tomarse como *dies a quo* para el cómputo de la prescripción y la referida a la determinación de a quién corresponde la carga de la prueba sobre dicho extremo.

[1] Así, las SSTS, dictada en Sala General, de 10-12-1998 (Rec. 4078/1997) seguida por otras muchas (SSTS 6-5-1999, Rec. 2350/1997 y 17-2-2014, Rec. 444/2013, entre otras) aclararon que el ejercicio de acciones penales interrumpe la prescripción de la acción de resarcimiento de daños. Por su parte, el ejercicio de la acción para reclamar la imposición del recargo de prestaciones se interrumpe por la tramitación de expediente sancionador dirigido a dilucidar la existencia o no de infracción de las normas de prevención (STS 7-7-2009, Rec. 2400/2008). A su vez, la STS 4-7-2006 (Rec. 834/2005) declara que el proceso sobre recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad no interrumpe la prescripción de la acción de daños dado que "la acción sobre recargo de prestaciones es diferenciada e independiente, y dirigida a obtener una compensación autónoma, y que por su carácter sancionador no es computable en el quantum indemnizatorio total", sin perjuicio de que la sentencia que resuelve sobre el recargo tenga efectos de cosa juzgada positiva sobre el pleito posterior de indemnización de daños y perjuicios (STS 12-7-2013, Rec. 2294/2012). Sin embargo, la STS 14-7-2015 (Rec. 407/2014) estima que la acción de daños sí interrumpe la prescripción de la acción de imposición de recargo de prestaciones porque este "con su solicitud de imposición del recargo no hace sino mantener la misma línea defensiva que ha sostenido sin decaimiento de su reclamación por los mismos hechos que concurrieron en el momento del accidente".

2. INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA ACCIÓN DE DAÑOS. EL "CONOCIMIENTO DEL DAÑO" EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido señalando, a través de reiterados pronunciamientos, que la fecha relevante a efectos de computar el inicio del plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional es aquélla en que el beneficiario tiene cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas producidas por el mismo en su salud y capacidad laboral. Se inscriben así estas sentencias en una interpretación judicial ya consolidada en la doctrina civil y procesal y acogida sin fisuras por la Sala Primera del Tribunal Supremo que señala que el inicio de la prescripción se produce cuando, por una parte, los daños ya estén consolidados, en la medida en que en ese momento queda determinado el alcance de las lesiones[2], y, por otra, sean conocidos por el perjudicado[3].

Como regla general, en el caso de los daños derivados de accidente, se viene considerando que es el alta médica definitiva el que determina el *dies a quo* a efectos prescriptivos porque es en esa fecha en la que se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos objeto de indemnización. Pero si de las lesiones causadas por el accidente de trabajo se derivan secuelas determinantes de incapacidad permanente, cuya fijación no se concreta en el momento del alta definitiva sino que se precisa una resolución posterior, el plazo anual de prescripción de dicha acción no se inicia con el alta médica sino que ha de comenzar a computarse cuando recae resolución firme, ya sea en vía administrativa, si no se impugna, o en vía judicial, si fue necesario agotar ésta para dilucidar definitivamente la contienda al respecto concretando tal situación de invalidez, en el grado que corresponda, por ser entonces, y no en la fecha del alta, cuando el perjudicado tiene perfecto conocimiento del daño sufrido.

Es ésta la interpretación que ha de darse a las previsiones del art. 59.2 ET que señala que "Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse".

Un argumento añadido refuerza esta interpretación. La consideración de que el daño derivado del accidente de trabajo es único determina que del importe total de los daños que se reclamen mediante la acción de resarcimiento deben deducirse las cantidades que, en concepto de prestaciones de la Seguridad Social, pueda percibir el beneficiario[4]. Tales

[2] En este sentido, la STS (Civil) 20-5-2009, Rec. 328/2005), recuerda que "la prescripción de la acción para reclamar por secuelas solo se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas". En similares términos se expresa la STS (Civil) 9-1-2012 (Rec. 1574/2009).

[3] MARÍN LÓPEZ, M.J., "El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil", en AA.VV. *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 210. En este sentido se expresa con claridad la STS (Civil) 4-10-2012 (Rec. 692/2010) cuando afirma que en la acción por daños la prescripción comienza "en el momento en el que la demandante pudo hacer efectivo su derecho frente a los demandados, lo que significa que no es suficiente la realización de la conducta, sino que resulta necesario el conocimiento del daño realmente producido".

[4] SSTS 2-2-1998 (Rec. 124/1997); STS 17-2-1999 (Rec. 2085/1998); 6-5-1999 (Rec. 2350/97; 23-3-2002 (Rec. 2231/2001); 20-4-2004 (Rec. 1954/03) y 21-6-2001 (Rec. 3214/2010), entre otras.

cantidades no son conocidas hasta que sea firme la resolución que declara la incapacidad del trabajador, pues antes se ignorarán las cantidades a detraer. De este modo, solo cuando se fija de forma firme y definitiva el grado de incapacidad de trabajador y sus consecuencias económicas, queda expedita la vía de reclamación de daños y perjuicios.

En definitiva, en todos los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión se insiste en destacar que el plazo de prescripción no puede empezar a correr hasta que no adquiera firmeza la resolución que definitivamente resuelva sobre las prestaciones de seguridad social a que tenga derecho el beneficiario y, en su caso, la continencia de la que derive, y queden de esta forma establecidas las cantidades a cargo de la seguridad social que hayan de ser deducidas del total indemnizatorio a reclamar a la empresa.

Es también un criterio consolidado el de que el *dies a quo* para la prescripción no es el de la fecha de la resolución administrativa o, en su caso, judicial sino el de la notificación de tal resolución al interesado, porque dicha comunicación o notificación permite al interesado conocer el alcance de las lesiones y sus efectos sobre su capacidad laboral[5].

Es precisamente ésta la cuestión controvertida en la STS de 5 de julio de 2017 porque el recurrente discute tal premisa y defiende que el inicio de la prescripción debe situarse no en la fecha de la resolución administrativa que le reconoció una prestación sino en el momento en que dicha resolución ganó firmeza.

Los hechos que motivan la citada STS de 5 de julio de 2017 se produjeron el 16 de abril de 2011, fecha en la que el trabajador sufrió un accidente a consecuencia del cual inició una incapacidad temporal, emitiéndose el 3 de febrero de 2012 resolución del INSS por la que se reconoce al trabajador una incapacidad permanente parcial. Más de un año después, el 11 de febrero de 2013, el trabajador inició acciones judiciales frente a su empleador en reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente. Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación apreciaron la excepción de prescripción por considerar que el *dies a quo* debe fijarse en la fecha de la resolución del INSS de 3 de febrero de 2012. La sentencia dictada en suplicación considera que la resolución administrativa no fue impugnada y, por ello, devino firme desde la fecha en que fue dictada, operando por tanto tal fecha como inicio del plazo de prescripción.

Contra esta resolución interpuso el trabajador recurso de casación para la unificación de doctrina por entender, como ya se ha señalado, que el día inicial para el cómputo de la prescripción es el momento en que la resolución del INSS ganó firmeza, momento que se

[5] Así lo señala la STS 4-7-2006 (Rec. 834/2005), afirmando que "no existiendo proceso penal previo, la acción exigiendo responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico. Tal conocimiento no puede entenderse derivado del mero parte de alta médica, que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse. Es cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez cuando el beneficiario conoce cuales van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuales los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios". Doctrina que se ha reiterado en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo.

produce una vez transcurridos los treinta días del que disponen las partes para formular reclamación previa contra la misma.

Una vez superado el requisito de contradicción, el Tribunal Supremo aborda el análisis de la cuestión, sobre la que no existe doctrina unificada, y resuelve en el sentido propugnado por el recurrente. En efecto, la STS de 5 de julio de 2017 afirma que cuando el trabajador se aquieta a la resolución administrativa, sin presentar reclamación previa frente a la misma, el momento inicial para el cómputo de la prescripción no puede ser otro que el de la preclusión del plazo de treinta días del que disponen las partes para formular reclamación previa porque hasta su agotamiento no adquiere definitivamente estado y deviene firme lo resuelto en la misma. Plazo de treinta días que, aunque no se indique expresamente en la sentencia comentada, debe entenderse que comienza desde la notificación de la resolución administrativa (art. 71.2 Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social) y no desde la fecha de resolución o desde la fecha de salida que figure en la misma.

La solución, y su fundamento, es el mismo que el aplicado cuando la controversia se judicializa por la impugnación de la resolución administrativa, situación que el Tribunal Supremo ha abordado en diversos pronunciamientos señalando que, en estos casos, el plazo de prescripción comienza con la notificación de la sentencia firme que ponga fin al proceso[6].

La STS de 5 de julio de 2017 aprovecha además para aclarar expresamente que la afirmación sostenida en algunos pronunciamientos de suplicación y del propio Tribunal Supremo[7] conforme a la cual si el trabajador se aquieta a la resolución administrativa de la gestora sobre la incapacidad reconocida, en ese caso habría de estarse a la fecha del informe propuesta. Señala el Tribunal que esta afirmación se recoge en aquella sentencia a modo de *obiter dicta*, y como tal ha sido reiterada en posteriores pronunciamientos, sin que pueda atribuirse a la misma el carácter de criterio judicial que, por lo demás, resultaría contradictorio con la solución aportada de forma reiterada por el Tribunal Supremo, conforme a la cual la fecha relevante es la de la resolución administrativa. La emisión del informe médico no puede prevalecer frente a la seguridad jurídica de la resolución administrativa que es, en definitiva, la que convalida las consecuencias jurídicas que derivan de tales informes facultativos en orden al reconocimiento de las prestaciones de seguridad social que correspondan.

[6] Esto es lo que ocurre en la STS de 11 de diciembre de 2013 (Rec. 1164/2013) que resuelve un supuesto en el que la resolución administrativa había sido impugnada. En este caso, tras reiterar que "el plazo no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico", el Tribunal Supremo añade que "cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas, el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, porque la resolución del INSS en vía previa no fue firme hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo, pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos. (…). Y, en consecuencia, tal conocimiento –pleno y cabal– solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de incapacidad permanente, que es cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto, debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios".

[7] Entre otras, en la STS 22-3-2002 (Rec. 2231/01).

Integrada esta doctrina con la que se fija en la STS de 5 de julio de 2017 debe concluirse pues que el *dies a quo* para la prescripción de la reclamación de daños viene determinado por el transcurso del plazo previsto para formular reclamación previa, pues solo en este momento puede entenderse que la parte acepta su contenido.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INICIO DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por su parte, la STS de 1 de junio de 2016 aborda la cuestión de cuál de las partes –demandante o demandado– debe asumir la carga de probar las circunstancias que, de concurrir, determinarían el éxito de la excepción de prescripción de la acción. No es objeto de debate, en este caso, la fijación del *dies a quo* para el cómputo de la prescripción porque, al respecto, aunque dicha cuestión había sido planteada por el recurrente, el Tribunal Supremo consideró inexistente la contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como de contraste.

Los hechos relevantes del asunto resuelto en esta sentencia son los siguientes: el trabajador, menor de edad, había iniciado su prestación laboral tan solo un día antes de que se produjese el accidente de trabajo del que traen causa las acciones judiciales posteriores. El accidente se produjo el 10 de diciembre de 2002 cuando, estando a una altura de catorce metros para realizar el montaje de una atracción de feria, se produce una caída que le produjo diversas fracturas. El 29 de junio de 2004 se reconoce al trabajador, por Resolución de la Dirección Provincial del INSS, la situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Durante el periodo en el que se tramitaba dicha Resolución, se había solicitado la imposición de un recargo de las prestaciones derivadas del accidente. Por sentencia que devino firme, se declaró dicho recargo en cuantía máxima del 50 % tras apreciar que la empresa no había realizado la obligatoria evaluación de riegos para el trabajo a desempeñar por un menor, ni se había informado al trabajador, a sus padres o tutores sobre los riesgos y medidas adoptadas ni el trabajador había recibido formación sobre los equipos de protección individual.

Simultáneamente, el trabajador inició, por denuncia presentada el 11 de julio de 2005, acción penal contra el empresario por el delito de lesiones imprudentes. El fallecimiento del empresario, producido el 8 de mayo de 2010, determinó que se dictara Auto con fecha 31 de mayo de 2010, declarando extinguida la responsabilidad criminal. Casi un año después, el 10 de mayo de 2011, el trabajador comunicó a los herederos del empresario su intención de ejercitar acción civil frente a la herencia yacente, con la finalidad de interrumpir la prescripción de cualquier acción que pudiera corresponderle. Y así lo hizo el siguiente 7 de junio, fecha en que se presentó la preceptiva papeleta de conciliación frente a la herencia yacente y la compañía aseguradora, celebrándose posteriormente el juicio tras concluir la conciliación sin avenencia.

Frente a dicha demanda de reclamación de daños y perjuicios, la parte demandada alegó prescripción de la acción. El Juzgado de lo Social estimó que, en efecto, la acción estaba prescrita y desestimó la demanda. El recurso de suplicación confirmó dicho pronunciamiento. El razonamiento para alcanzar dicha conclusión parte de que la Resolución del INSS que declaraba la incapacidad permanente absoluta del trabajador era de fecha 29 de junio de 2004 de modo que cuando el trabajador inicia la acción penal el 11 de julio de 2005, cuya eficacia para interrumpir la prescripción de la acción por daños nadie discute, había

operado ya la prescripción de dicha acción civil por haber transcurrido el plazo de un año previsto en el art. 59.2 ET.

El recurrente alega dos motivos en su recurso de casación para la unificación de doctrina. Sobre el primero de ellos, referido a la interpretación y aplicación del art. 59.2 ET, el Tribunal Supremo no aprecia contradicción de modo que no procede su consideración ni análisis. En su segundo motivo, el recurrente alega la vulneración del art. 217.3 LEC conforme al cual "Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior". Para el trabajador, la sentencia de suplicación ha desconocido la regla fijada en dicho precepto haciendo recaer sobre él la prueba de que la acción no estaba prescrita.

Es esta cuestión la que merece la valoración de la Sala, tras apreciar contradicción entre la recurrida y la STS de 2 de abril de 2004 (Rec. 1954/2003), que se aporta como contradictoria por el recurrente. Esta última, tras recordar que "Es cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez cuando el beneficiario conoce cuales van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuales los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto debe ser el momento de conocimiento de ésta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios", advierte que "la carga de la prueba de los elementos que constituyen una excepción como es la de la prescripción incumben a quien la invoca, tanto por aplicación del viejo principio del artículo 1214 Cc, como del hoy vigente artículo 217 LC, que señala que incumbe al demandado la carga de probar los hechos que conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia de los hechos jurídicos constitutivos".

Muy distinta es la solución que aporta la STSJ Andalucía/Málaga de 8 de mayo de 2014 (Rec. suplicación 275/2014) objeto del recurso, pues en ella la carga de la prueba se hace recaer sobre el trabajador como se deduce de lo afirmado en dicho pronunciamiento: "por parte del actor no se prueba –en puridad ni se alega– la concurrencia de circunstancias ciertamente anómalas por causa de las cuales no pudiera razonablemente haber tenido conocimiento hasta el 11.07.2004 del contenido del informe de valoración médica del EVI que consta emitido en fecha 25.05.2004 o incluso de la resolución del INSS declarándolo en incapacidad permanente absoluta con fecha de salida el 29.06.2004". De este modo, la sentencia de suplicación consideró que era el trabajador quien debía acreditar en qué fecha conoció lo resuelto por la entidad gestora, desplazándose sobre él la carga de probar el plazo prescriptivo.

En su recurso, el trabajador apela al ya citado art. 217.3 LEC para sostener que dicha prueba correspondía al demandando. Este, por su parte, alega el art. 217.7 LEC que recoge, como regla de cierre en la regulación de la carga de la prueba, la previsión de que el tribunal tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes.

La doctrina correcta, según la STS de 1 de junio de 2016, es la de la sentencia de contraste. Tal solución se infiere con claridad del art. 217.3 LEC que impone la prueba a cargo de quien alega un hecho y no de quien lo niega. Esta es la interpretación que sostiene también la

Sala Primera del Tribunal Supremo[8]. Y ello porque es el demandado quien alega la prescripción de modo que a él le corresponde acreditar que el cómputo se inició en una determinada fecha y que ya ha transcurrido completamente el plazo de prescripción. Al demandado, por su parte corresponderá, en su caso, probar la interrupción o suspensión de la misma.

Ciertamente, el art. 217.7 LEC –alegado por la parte recurrida, como ya se ha señalado– cierra las reglas sobre la carga de la prueba que dicho precepto regula afirmando que "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". Desde esta perspectiva podría entenderse, y así parece sugerirse por el recurrente, que es el trabajador quien conoce la fecha de la notificación de modo que debería ser este quien probara la misma.

El juego y la eficacia de esta cláusula de cierre recogida en el 217.7 LEC ha sido cuestionada por la doctrina procesal que la considera una mera redundancia de lo dispuesto en los demás apartados del precepto citado porque la disponibilidad y la facilidad está en la base de la distribución de la carga de la prueba que en estos apartados se realiza. Incluso, si el criterio de la disponibilidad se considera como un criterio alternativo de carácter corrector del general fundado en la eficacia del hecho, entonces hay que sostener que su aplicación debe tener necesariamente carácter excepcional. Este criterio de la disponibilidad o facilidad probatoria tiene una proyección especial en el proceso laboral debido a la singular posición del empresario en el control de las fuentes de prueba lo que determina de hecho alteraciones en el régimen de distribución de la carga de la prueba. Es lo que ocurre, por ejemplo, en relación con la prueba de la realización de horas extraordinarias[9], respecto de la prueba de existencia de la vacante que determina el derecho a la reincorporación del trabajadores en excedencia voluntaria[10] o en relación con la prueba de la iliquidez empresarial que permite al empresario eludir la obligación de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la comunicación del despido objetivo por causas económicas, la indemnización correspondiente[11].

[8] Vid al respecto, MARÍN LÓPEZ, M.J., "El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil", cit, pág. 98.

[9] Al respecto, se viene sosteniendo que, si bien con carácter general corresponde al demandante la carga de la prueba de la realización de las horas extraordinarias, para la determinación de las circunstancias en que aquéllas se prestaron, a efectos de determinar los complementos salariales que deben incluirse en su retribución, debe acudirse a la regla de facilidad probatoria que corresponde a la empresa (STS 22-7-2014, Rec. 2129/13).

[10] No cabe duda, señala la STS 6-10-2005 (Rec. 3876/2004) "acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto, no sólo porque a su alcance se encuentra la pertinente documentación, sino además porque la posible inexistencia, pese a tratarse de un hecho negativo, puede perfectamente probarla, en el caso de ser cierta, por cualquiera de los demás medios admitidos en derecho, entre ellos la testifical a cargo del personal conocedor del hecho".

[11] Así lo aprecia la STS 25-1-2005 (Rec. 6290/2003) cuando afirma que "no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla (…). Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, situación ésta que no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible adverar introduciendo en el proceso determinados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador «ex» apartado 3 del art. 217 de la LEC".

Pero dicho precepto no es aplicable, como advierte el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de junio de 2016, a la alegación de la prescripción. Y ello porque dicha excepción solo pudo ser conocida por el demandante y recurrente en el acto del juicio en el que se alegó de modo que "éste no se hallaba obligado a elucubrar anticipadamente sobre su formulación ni precaverse de ese modo contra la misma, al incumbir su prueba a la parte que la formulaba, mientras que esta última (la demandada) preparaba dicha excepción como parte de su contestación a la demanda". De hecho, el demandado, después recurrido, tiene a su disposición mecanismos procesales hábiles y eficaces para cumplir adecuadamente su carga probatoria.

Así lo sugiere el Tribunal Supremo cuando advierte que "precisamente por ello, si entendía que existía un principio o indicio de tal prescripción pero no su plena acreditación, tenía que tratar de asegurar su resultado mediante el esclarecimiento de dicho extremo, para lo cual pudo, si no lo obtenía de otro modo, instar de manera razonada, incluso acudiendo anticipadamente al órgano jurisdiccional y en aplicación y desarrollo efectivo de los principios de los arts. 24.1 y 118 CE, que se requiriese del propio actor o de la entidad gestora la documentación acreditativa de ese particular, que era un disponible y fácil recurso para formular con éxito esa oposición procesal para quien, en principio y como se ha indicado, está obligado a acreditarlo, precisamente por tratarse de un hecho extintivo o impeditivo de la acción de exigencia de la responsabilidad demandada".

A estos efectos, el demandado podía haber solicitado al demandante o al INSS –como entidad que emite la resolución–, al amparo del art. 77.3 LJS, los documentos acreditativos de la fecha de notificación. El precepto citado dispone que la exhibición previa de documentos podrá ser solicitada por cualquiera de las partes durante el proceso. Se trata de una medida que en la antigua LPL se concebía exclusivamente a favor de quien pretendiera demandar o de quien previera que iba a ser demandado con la finalidad de articular su pretensión o su oposición a la misma. La ampliación de esta posibilidad para permitir su uso durante el proceso en los términos que lo hace el art. 77.3 LJS cobra especial sentido desde la perspectiva del demandado "pues el examen documental quedará al servicio de la fundamentación de la oposición a la demanda que, como es sabido, deberá ser efectuada en el acto del juicio oral"[12]. El recurso a esta posibilidad es especialmente oportuno en un caso como el que se plantea, dado que circunstancias como la fecha en que se efectuó la notificación de la resolución administrativa pueden pertenecer a la esfera privada del trabajador.

En el caso debatido, la parte demandada no hizo uso de este medio procesal ni de ningún otro que le hubiera posibilitado conocer la fecha de la notificación al trabajador de la resolución administrativa que declaró su incapacidad para probar la efectiva prescripción de la acción de daños ejercitada por el demandante. Esta inactividad del demandado permite al Tribunal rechazar la alegación de que a la parte demandada le resultaba imposible probar la fecha de notificación por no tener acceso a los documentos correspondientes.

La sentencia concluye señalando que, al faltar en la relación de hechos probados la fecha de notificación, determinante como ya ha quedado aclarado para iniciar el cómputo del

[12] BLASCO PELLICER, A., "Comentario al art. 77", en AA.VV. (Dir. MERCADER UGUINA, J.R.) *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia,* La Ley, 2015, pág. 392.

plazo de prescripción, no puede entenderse que la prescripción haya operado. Procede por tanto la devolución de las actuaciones al Juzgado para que, teniendo por no prescrita la acción, resuelva las cuestiones planteadas.

En definitiva, la interpretación que la STS de 1 de junio de 2016 efectúa de la prescripción y de las reglas de la carga probatoria de la misma se inscribe en una tendencia, común a la jurisdicción civil y social, de aplicación restrictiva del instituto de la prescripción. Una interpretación que se fundamenta en la consideración de que "al ser la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de seguridad jurídica, su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, de manera que solo ha de perjudicar a quien –con su inactividad– haya hecho efectiva dejación de sus derechos"[13]. Pero ello no significa que tal interpretación llegue a suponer un cambio en la carga de la prueba[14]. Lo que determina que dicha carga recaiga sobre el demandado, en casos como el analizado, es la directa aplicación de los principios recogidos en la LEC plenamente aplicables en el proceso social.

4. A MODO DE RECAPITULACIÓN

La delimitación judicial de los términos en que debe operar la prescripción de las acciones de reclamación de daños derivados del accidente de trabajo es, sin duda, un proceso complejo y lento, en gran medida por la necesidad de atender a las circunstancias concretas y particulares que cada supuesto plantea.

En ese proceso, la doctrina del Tribunal Supremo ha ido identificando el momento que debe tomarse en consideración para iniciar el cómputo de las acciones de reclamación de daños en función, entre otras circunstancias, de si la resolución administrativa que se pronuncia sobre la eventual incapacidad del trabajador derivada del accidente es o no impugnada por el interesado. En caso de no impugnarse, se venía considerando que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción de la acción de daños se iniciaba en la fecha de la notificación de la resolución administrativa al interesado.

Esta interpretación debe, sin embargo, entenderse corregida, o al menos matizada, por la STS de 5 de julio de 2017, en la medida en que la misma identifica tal momento con el transcurso del plazo legalmente previsto para impugnar la resolución administrativa. De este modo, el juego combinado de las resoluciones del Tribunal Supremo en la materia permite concluir que el cómputo de la prescripción opera a partir de los 30 días, por ser este el plazo de impugnación previsto legalmente, desde que se notificó al interesado la resolución administrativa sobre la eventual incapacidad laboral derivada del accidente de trabajo. El efecto no es otro que el de prolongar el plazo para interponer la demanda por daños derivados del accidente y, con ello, las posibilidades de que el trabajador obtenga el adecuado resarcimiento de los daños que haya podido sufrir como consecuencia del accidente.

[13] Entre otras muchas, SSTS 24-11-2010 (Rec. 3986/2009) y STS 17-2-2014 (Rec. 444/2013).

[14] Como expresamente advierte la STS (Civil) 10-2-2012 (Rec. 894/2009) cuando afirma que "el principio –reiterado por la jurisprudencia– que sostiene la aplicación rigurosa de la prescripción, por ser una institución no basada en criterios de justicia material sino de seguridad jurídica, no es una regla de valoración de la prueba, ni de distribución de la carga de la prueba".

De igual interés resulta la doctrina fijada en la STS de 1 de junio de 2016, aunque la misma ya había sido anticipada en anteriores pronunciamientos. Confirma el Tribunal Supremo que la carga de la prueba de que la acción de reclamación de daños interpuesta por el trabajador está prescrita recae sobre el demandado, que es quien alega tal excepción para oponerse a la reclamación de daños. Una interpretación que, como la aplicada respecto del *dies a quo*, opera en favor de la facilitación de las exigencias procesales requeridas para la viabilidad de este tipo de acciones de resarcimiento de daños derivados de accidente de trabajo.

La equiparación de las situaciones de Incapacidad Permanente (Total y Absoluta) y Gran Invalidez a la discapacidad en grado igual o superior al 33 %, *ex* art. 4.2 R.D. Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el T.R. de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, o el devenir *ultra vires* de una norma impertinente

Comparability of the situations of Permanent Invalidity (Total, Absolute and Severe) to a disability degree equal to or greater than 33 %, *ex* art. 4.2 of R.D. Legislative 1/2013, which approves the Revised Text of General Law of rights of persons with disabilities and their social inclusión, or the becoming *ultra vires* of an impertinent rule

AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ
PROFESORA TITULAR –ACREDITADA A CATEDRÁTICA– DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓ

Resumen

Tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2013, resurge la cuestión (suficientemente debatida y resuelta) relativa a la determinación del grado de discapacidad en aquellos casos en los que un beneficiario tiene reconocido el grado de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez. Tal resurgimiento es debido a que la literalidad de la norma fruto de la refundición cambia respecto de la norma refundida. La Sala de los Social del Tribunal Supremo, en sentencia núm. 992/2018, de 29 noviembre, reafirma que el 33 % de discapacidad no se atribuye de manera automática en tales casos al entender (en decisión mayoritaria, pero no unánime) que el art. 4.2 de dicha norma contiene una regulación *ultra vires* en relación con el mandato de desarrollo del Texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, porque ésta mantenía en sus propios términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003, en el que se basaba la doctrina tradicional de la Sala en este tema, que por esa razón sigue vigente bajo la nueva norma, y ese 33 % se atribuye exclusivamente a los propios efectos de la Ley 26/2011, no "a todos los efectos". La sentencia cuenta con un voto particular, al que se adhieron dos miembros más de la Sala.

Abstract

Following the entry into force of the Royal Legislative Decree 1/2013, rises the question (sufficiently debated and resolved) concerning the determination of the degree of disability in cases where a beneficiary has recognized the degree of Total Permanent disability, Absolute Permanent disability or Serious disability. This resurgence is due to the literalness of the standard fruit of the recast changes with respect to the recast Regulation. The Supreme Court (Social), in judgement n. 992/2018, of November 29 th. (in majority, but not unanimous decision), reaffirms that 33 % of disability is not attributed automatically in such cases because article 4.2 contains a regulation *ultra vires* related to the development mandate of the Revised Text which granted Law 26/2011 of August 1st, because it kept on its own terms repealed article 1.2 of the Law 51/2003, that the traditional doctrine of the Court on this subject rested on, which for that reason remains in force under the new regulation. and that 33 % is exclusively attributed to the effects of the Law 26/2011, not "for all purposes". The judgment has a particular vote, to which two more members of the Chamber.

Fecha Recepción: 10-3-2019 – Fecha Revisión: 22-4-2019 – Fecha Aceptación: 23-4-2019
Pags. 95-111

Palabras clave

discapacidad; valoración de la discapacidad; derechos de las personas con discapacidad; no discriminación; accesibilidad universal; acción positiva; incapacidad laboral; legislación delegada: alcance de la delegación; *ultra vires*.

Keywords

disability; disability assessment; rights of persons with disabilities; non-discrimination; universal accessibility; positive action; invalidity for work; delegated legislation: scope of the delegation; *ultra vires.*

1. LAS LEYES SOBRE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: UNA IMPECABLE EVOLUCIÓN CONCEPTUAL CONFINADA (QUE NO DESARROLLADA) EN TEXTOS "DE ALUVIÓN"

El artículo 14 de la Constitución Española reconoce la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna; a su vez, el artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social. Por su parte, el artículo 10 refiere la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

En congruencia con estos preceptos, la misma Carta Magna –esta vez en su artículo 49, en sede de los "Principios rectores de la política social y económica", y con mandato directo y expreso dirigido a los poderes públicos– va a referirse a las personas con discapacidad[1] como acreedoras de la *atención especializada* que requieran y del *amparo especial precisado para el disfrute de sus derechos de ciudadanía*. Nótese cómo, sin perjuicio del rico y amplio contenido implícito en el segundo de los incisos, el planteamiento constitucional parte del paradigma –propio del momento de la aprobación del texto constitucional– médico o rehabilitador, que concibe la discapacidad como un *problema de la persona*, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, *que requiere asistencia médica y rehabilitadora*, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales.

De acuerdo con ello y en tal marco constitucional, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), fue la primera ley ordenada a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias. La LISMI participaba ya de la idea de que el *amparo especial* y las *medidas de equiparación* (acción positiva) para garantizar los derechos de las personas con discapacidad debían basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados que les permitieran llevar una vida normal en su entorno; así, la norma instituyó un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad física y subsidios económicos, y una serie de principios posteriormente incorporados a las leyes de sanidad, educación y empleo.

Este paradigma quedaría superado cuando, tiempo después, emerge el concepto de *accesibilidad*, cuyo origen está ligado al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de

[1] Literalmente, la Norma Fundamental se refiere a "los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos". Contextualícese dicha expresión en el marco temporal de redacción de aquélla y téngase en cuenta la evolución (tanto conceptual como terminológica) experimentada al respecto hasta llegar, en la actualidad, a los significantes "personas con discapacidad" y "personas con diversidad funcional".

"vida independiente", que defiende una más activa participación de estas personas en la comunidad.

Las bases nuevas de esa «vida independiente» descansan en la *condición de ciudadanía y titularidad de derechos*: las personas con discapacidad consideradas como sujetos *activos* que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia (en contraposición a su calificación *pasiva*, como meros pacientes o personas beneficiarias de decisiones ajenas), como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas *necesidades que son normales* (frente a la noción de que se trata de personas especiales con necesidades diferentes a las del resto de la ciudadanía) y como ciudadanas que, para atender esas necesidades, demandan apoyos personales, pero también *modificaciones en los entornos* que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación.

El movimiento en favor de una vida independiente demandó en un primer momento entornos más practicables. Más tarde, de la premisa de la eliminación de barreras físicas se pasó a demandar *accesibilidad universal*, referida no ya sólo a los entornos, sino también a los productos y servicios, como herramienta para evitar las situaciones de discriminación indirecta originadas por la posición de desventaja del acceso de las personas con discapacidad respecto al resto de la ciudadanía. Convergen así las corrientes de accesibilidad y de no discriminación, dando lugar a la premisa del *Diseño para Todos*, como condición necesaria para que *entornos, productos y servicios sean concebidos y resulten comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas*.

En este sentido, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) fue trascendental en la implantación del modelo social de discapacidad en el ordenamiento jurídico español, al incorporar y definir los dos conceptos antedichos: accesibilidad universal y diseño para todas las personas[2].El ámbito de aplicación de la LIONDAU abarcaría, conforme al principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, las siguientes áreas:

- Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
- Transportes.
- Bienes y servicios a disposición del público.
- Relaciones con las Administraciones Públicas.
- Empleo y ocupación.

[2] Estos conceptos serían, asimismo, incorporados como principios informadores y requisitos para la igualdad de oportunidades por la normativa autonómica. De esta manera y con idéntica literalidad aparecen en disposiciones tanto de ámbito transversal (entre otras, la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de la Comunidad de Castilla y León, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad –art. 3–, la Ley Foral 5/2010, de 6 de abril, de Accesibilidad Universal y Diseño para Todas las Personas de Navarra –Exposición de Motivos– y la Ley 11/2003, de 10 de abril, del Estatuto de Personas con Discapacidad de Comunidad Valenciana –art. 67–), como en la regulación de materias concretas, dentro del espectro competencial autonómico (en general, en referencia a servicios sociales diseñados para posibilitar el acceso igual y equitativo a Todas las Personas; urbanismo, vivienda, transporte y comunicación).

De esta manera, el legislador explicitaba cómo "transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, *que la complemente* y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad"[3]. Así, a las estrategias y medidas de acción positiva (LISMI) *se agregaban* las –conviene no perder de vista, *complementarias*– de no discriminación y accesibilidad universal (LIONDAU), para constituir, con ello, el substrato legal básico de garantía del derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social. Las previsiones de la LIONDAU (Disposición Final Undécima) comprendían, también, el desarrollo legislativo del régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, previsión que resultó en la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, así titulada.

Desde la aprobación de la Ley 13/1982 (LISMI) hasta la LIONDAU, se advierte una clara evolución de las políticas de promoción y atención a las personas con discapacidad que anticipa la consumación de otro proceso de cambio: el del *modelo rehabilitador* hacia el *modelo social*, incorporado por la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). La ratificación y entrada en vigor de la Convención y su Protocolo Facultativo, en 2008, forzaban un cambio sustancial del marco normativo, que se operó merced a la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Ley 26/2011 profundizaría en dicho modelo social (cuyos umbrales ya hollara la LIONDAU), si bien intensificando las acciones de salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad para favorecer su autonomía personal en todos los aspectos de su vida y garantizar su no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva. Para ello se modificaban distintos artículos de la Ley 51/2003 (destacando el ajuste de la definición legal misma de "persona con discapacidad" a la contenida en la Convención), amén de la legislación sanitaria, la de propiedad horizontal, la reguladora del empleo público, etc. Y, a los efectos de las presentes reflexiones, debe recordarse que, en su Disposición Final Segunda, establecía una previsión capital que, a las alturas de la aprobación de la ley, ya resultaba de perentorio cumplimiento, habida cuenta del cúmulo de disposiciones operantes en la materia, todas ellas vigentes y no siempre consonantes: la autorización, dirigida al Gobierno, para la elaboración y aprobación de un texto refundido en el que –expresa y más que razonablemente– se requería la *regularización, aclaración y armonización* de la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007.

El resultado del cumplimiento de tal mandato fraguó en la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y la derogación por éste de las precedentes, ya refundidas (y, teóricamente regularizadas, aclaradas y armonizadas –o no–) leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007. El Texto Refundido –como destaca su Exposición de Motivos– revisa los principios informadores de la ley, de modo acorde con lo previsto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incluyendo un título específico dedicado a determinados

[3] Ver EM Ley 51/2003.

derechos de las personas con discapacidad y reconociendo expresamente el principio de libertad y autonomía personal en la toma de decisiones como clave de bóveda en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. No obstante –como se analizará en el próximo epígrafe– la refundición arrojó otro resultado; una suerte de artefacto (¿imprevisto?) que, aunque ya ínsito en la LIONDAU, adquiría en el Texto Refundido una nueva dimensión, formidable (incompatible con la exigencias de regularización, aclaración y armonización) y de consecuencias que, de inmediato se abordarán.

2. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS Y RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD: DE LA VALORACIÓN PERSONALIZADA A LA ASIMILACIÓN UTILITARISTA, Y LA INOPINADA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE GARANTÍAS

La cuestión de la titularidad de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad ha discurrido vinculada al accidentado devenir normativo regulador al que se acaba de hacer referencia; devenir que, si bien se ha caracterizado por una ordenada evolución del concepto de "dispacidad" y la progresiva ampliación de las garantías legales a todos los ámbitos de ejercicio de los derechos de ciudadanía (bajo las premisas de no discriminación, accesibilidad universal y diseño para todos) no ha resultado tan lineal en lo referente a la definición de los *sujetos titulares* de tales beneficios, derechos y garantías.

En este sentido, la Ley 13/1982 (LISMI) –bajo la rúbrica *Concepto de minusválido y titulares de los derechos*– establecía (art. 7):

"Uno. A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

Dos. El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores. (…)"

De esta manera, y partiendo del concepto amplio de "persona con discapacidad" ("minusválidos" *ad pédem litterae*) contenido en el apartado primero del precepto, el segundo concreta que la atribución o titularidad de los derechos de la ley queda deferida al hecho y momento del *reconocimiento*, que viene caracterizado por tres elementos esenciales:

- *personalizado* (en contraposición a cualquier pretensión generalizadora);
- basado en *criterios técnicos especializados y unificados* (art. 11), expresados en el informe de los *correspondientes* equipos multiprofesionales calificadores; y
- se efectúa por *la Administración competente para ello*.

La Ley 13/1982 remitía al ámbito reglamentario la determinación de la competencia administrativa y los detalles del proceso de reconocimiento, extremos que quedarían

recogidos en el –plenamente vigente– R.D. 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que precisa el contenido y alcance de los antedichos elementos esenciales:

a) Por lo que hace a su carácter *personalizado*, su relevancia resulta manifiesta en las exigencias del art. 9[4], tanto en el supuesto general (apartado 1) en él contemplado ("La valoración de las situaciones de minusvalía y la calificación de su grado se efectuará *previo examen del interesado* por los órganos técnicos competentes…") como en el supuesto especial (apartado 4) ("cuando *las especiales circunstancias de los interesados* así lo aconsejen, el órgano técnico competente podrá formular su dictamen en virtud de los informes médicos, psicológicos o, en su caso, sociales emitidos por profesionales autorizados"). La norma explicita, además, que será, precisamente, a la vista de la situación y condiciones del interesado, que "el órgano técnico competente emitirá dictamen propuesta que deberá contener necesariamente el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía y, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos" (apartado 3).

   — De otra parte, el art. 10 (relativo a la resolución del expediente de reconocimiento) incidiendo aún más en el carácter personalizado del reconocimiento, establece que la Administración competente "*deberá dictar resolución expresa* sobre el reconocimiento de grado, así como sobre la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede".

b) En lo tocante a los *criterios técnicos* para el reconocimiento de la discapacidad, el R.D. 1971/1999 parte, como no podía ser de otro modo, de la definición contenida en el art. 7.1 de la LISMI y que caracteriza la discapacidad como *disminución de las posibilidades de integración educativa, laboral o social*, como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, en las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales de las personas; así, y en coherencia con ello, el Capítulo I del Anexo I (en relación con los arts. 2 y 5) de la norma reglamentaria establece las denominadas "Normas generales" rectoras del procedimiento para la determinación de la discapacidad, dejando bien claro que "La valoración de las deficiencias permanentes no se fundamenta en el alcance de la deficiencia sino en *su efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria"* (teniendo por tales: las actividades de autocuidado –vestirse, comer, evitar riesgos, aseo e higiene personal…–; otras actividades de la vida diaria –comunicación; actividad física; función sensorial–; funciones manuales –agarrar, sujetar, apretar…–; capacidad para utilizar los medios de

[4] La nota de *personalización* resulta, incluso, intensificada respecto de su precedente inmediato, el art. Tercero del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido.

transporte; función sexual; sueño; actividades sociales y de ocio). El *efecto* de las deficiencias sobre las posibilidades de realizar estas actividades se traducirá *en el grado de discapacidad* (expresado en porcentaje), que se evalúa mediante la aplicación de los *Baremos* para la graduación de la discapacidad (que valoran tanto el factor primordial de la disminución física, psíquica o sensorial como, en su caso, los factores sociales complementarios que proceda sumar a aquél)[5]. Esta labor *técnica* corre a cargo de los equipos multiprofesionales calificadores, que el art. 8 del R.D. 1971/1999 concreta en "los órganos técnicos competentes" dependientes de las CCAA, compuestos por médicos, psicólogos y trabajadores sociales.

c) Finalmente, y por lo que se refiere a la *competencia administrativa* (arts. 6 y 7 R.D. 1971/1999), la misma corresponderá a "los *órganos correspondientes de las CCAA* a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía, o del IMSERSO", y ello en función *del territorio de residencia habitual de las personas interesadas*.

El planteamiento descrito hasta ahora sufriría un giro dramático con la aprobación de la Ley 51/2003, exponente de un nuevo paradigma derivado de la evolución del concepto de discapacidad y del más amplio *scope* en la garantía de los derechos de ciudadanía de las personas con discapacidad. La LIONDAU se erigía expresamente en "complemento" de la LISMI e "impulso" de las políticas de equiparación de las personas con discapacidad[6] (inspiradas, en ese momento, en los principios de "lucha contra la discriminación" y "accesibilidad universal"). La LIONDAU establecería (art. 1.2) a quién correspondía la titularidad de los derechos por ella reconocidos, señalando que:

"A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento."

Con ello, la LIONDAU continúa con la línea de valoración individualizada, técnica y especializada trazada por la LISMI –y analizada *supra*–, si bien añadiendo un estándar mínimo cuantificado de discapacidad (el 33 %) como necesario para acceder a los derechos legalmente establecidos.

Sin embargo, las previsiones de la LIONDAU en torno a la titularidad de estos derechos no terminan en la norma expuesta. En efecto, en un segundo inciso, el mismo art. 1.2 de la LIONDAU añadía:

"En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los

[5] De otra parte, y como señala el art. 5.4 R.D. 1971/1999, la evaluación de aquellas situaciones específicas de discapacidad establecidas en el TRLGSS para tener derecho a un complemento por necesitar el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, se realizará mediante la aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el art. 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

[6] Cfr. EM de la Ley 51/2003.

pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".

Se instauraba, así, una vía excepcional de acreditación de la discapacidad mínima: una suerte de "modalidad *por asimilación*", en virtud de la cual los pensionistas de IPT, IPA y GI accedían a la titularidad de los correspondientes derechos ("a los efectos de esta Ley") al ser consideradas "en todo caso" personas con discapacidad acreditada mínima del 33 %. Quebraba, con ello, el carácter exclusivo del modelo LISMI de titularidad (basado, como se ha visto, en el reconocimiento personalizado, técnico y especializado, encomendado a los órganos correspondientes de las CCAA) si bien, como establecía el inciso final del mismo art. 1.2 LIONDAU, la acreditación del grado concreto de discapacidad en estos "supuestos asimilados" debía realizarse "en los términos establecidos reglamentariamente" (es decir, mediante el procedimiento LISMI-R.D. 1971/1999).

Ninguna aclaración presentaba la EM de la Ley 51/2003 acerca de la *ratio* de este supuesto de "discapacidad mínima por asimilación". Tampoco el debate abierto con ocasión de la tramitación parlamentaria de la LIONDAU arrojó luz alguna al respecto. El texto original del proyecto de ley presentado por el Gobierno del Partido Popular ya recogía el supuesto, en su conocida redacción. Sólo una enmienda (nº 125, de modificación, del Grupo parlamentario Catalán –CiU–) fue presentada al indicado inciso del art. 1.2, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

"2. A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas quienes lo acrediten mediante certificado o resolución del grado de minusvalía expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, el cual tendrá validez en todo el territorio estatal".

La justificación de los proponentes fue que "se considera que al tratarse de una norma de carácter general, la consideración de persona con discapacidad debe otorgarse a todas aquellas que presenten un cierto grado de minusvalía". Se postulaba, así, con carácter exclusivo, el mantenimiento del sistema de valoración "tradicional" (LISMI-R.D. 1971/1999), por entender que la titularidad de los derechos reconocidos por la Ley debe corresponderse con un grado de discapacidad *cierto* y concreto.

En cualquier caso, y en el plano estrictamente especulativo, cabría pensar en que el ánimo expansivo del legislador –manifestado expresamente en la EM de la Ley 51/2003 y su referencia a "los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la discapacidad" y a los "nuevos enfoques y estrategias"– se tradujera, asimismo, en un propósito extensivo del ámbito subjetivo de cobertura de los derechos así reconocidos. En este sentido, no debe desconocerse la posibilidad de que la norma albergara un cierto propósito utilitarista, en el sentido de que la "asimilación" *ope legis* tratara de conjurar los inconvenientes derivados de la reconducción de los pensionistas de IP a un nuevo procedimiento de valoración (ahora, el de discapacidad *ex* RD 1971/1999), inconvenientes tanto para los interesados como para la Administración, que se vería abocada a un notable incremento de la carga burocrática[7] que, sobre todo en los primeros años de vigencia de la

[7] Así lo vio CAVAS MARTÍNEZ, si bien en lo referente a la asimilación de la GI a la situación de *dependencia*, contemplada por la D.A. Novena de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía *(...)*

LIONDAU, podía derivarse tanto por el incremento en el número de valoraciones y revisiones (de las IP) cuanto por el aumento en los procedimientos de valoración para el reconocimiento del grado de discapacidad.

Asimismo, resultaba extremadamente turbador el hecho de que, *ope legis* venía a establecerse una –conceptual y ontológicamente inadmisible (aún entendida "a los efectos de esta Ley")– asimilación de la incapacidad permanente para el trabajo a la *discapacidad*[8].

Y es que la LIONDAU daba perfecto cobijo y expectativas de éxito a las pretensiones interpretativas del reconocimiento *automático* del grado de discapacidad del 33 % a los pensionistas de Incapacidad Permanente o de clases pasivas; y, así, desde la misma aprobación y entrada en vigor de la norma, tal opción interpretativa (respaldada –primero– por el criterio de la Administración, vertido en algunas resoluciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales[9], y reforzada –después– por el muy explícito desarrollo reglamentario operado, en punto a esta concreta cuestión, por el R.D. 1414/2006[10]) se

Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", en *Revista Doctrinal Aranzadi* Social, núm. 13/2006, parte *Tribuna*.

[8] Dando lugar, con ello, también a zozobras lógicas, también en el ámbito doctrinal; en este sentido, *ad ex.*, la afirmación de GARCÍA VALVERDE: "el vocablo «discapacidad» engloba todos los términos jurídicos utilizados por el legislador, es decir, la deficiencia, la incapacidad y la minusvalía". GARCÍA VALVERDE, M.D.: "A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. núm. 49/200714/2007, parte *Presentación.*

Como es sabido, toda discapacidad no conlleva incapacidad para el trabajo; y, a la inversa, no toda incapacidad para el trabajo supone una discapacidad.

[9] Así, la Resolución de la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad, de 9 de septiembre de 2004, establecía que: "3. Las personas que reúnan el requisito de tener reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, se consideran afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 % (…) 4. En consecuencia, a los efectos de esta Ley (cuyo objeto es establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad), no es necesaria nueva declaración del Equipo de Valoración a que se refiere el artículo 8 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre."

Por su parte, la Subdirección General de Servicios Técnicos del Servicio Público de Empleo Estatal, en resolución de 13 de enero de 2004, señalaba: "desde el Servicio Público de Empleo Estatal no se puede exigir a los potenciales beneficiarios de los programas de empleo a favor de personas con discapacidad, la certificación de minusvalía si, previamente, el trabajador acredita ser pensionista por incapacidad, siempre y cuando reúna el resto de los requisitos exigidos en la normativa de fomento del empleo de que se trate".

[10] Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Como dicha norma explica en su Preámbulo, "desde la entrada en vigor de la ley (51/2003), se han producido decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el citado artículo. Con objeto de precisar el alcance de la equiparación del grado de minusvalía prevista en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y de fijar unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado, y en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo, conforme al cual la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional, se dicta el presente real decreto".

Conforme a tales premisas y propósito, el R.D. 1414/2006 establece, en su art. 1.2:

"2. Se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento:

a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.

(...)

convertiría recurrentemente en materia litigiosa que, por otra parte, no quedaba resuelta de modo unánime. La doctrina de suplicación se alineaba en dos posiciones antitéticas: de un lado, aquélla que, en base a la aplicación literal de la Ley 51/2003, concluía el *reconocimiento, a todos los efectos* del ordenamiento jurídico, de un grado de discapacidad igual al 33 % a todas aquellas personas que disfrutasen de una pensión por IPT, IPA o GI, y a los pensionistas de clases pasivas a que se refería el precepto; de otro, la que abogaba por una interpretación restrictiva de los dos elementos clave de la fórmula legal: la expresión "se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento" no equivalía al *reconocimiento* de dicho grado de discapacidad, sino una *equiparación* al mismo *en el plano de sus efectos* que, además, serían *únicamente los generados* ex *Ley 51/2003.*

Esta contraposición[11] quedaría resuelta en casación –a favor de la segunda corriente doctrinal– por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en una abundante y reiterada doctrina unificada que principiaría en 2007[12] y que podría sintetizarse en los siguientes puntos:

— las normas reguladoras de la protección de las personas con discapacidad quedaban organizadas en dos bloques: uno, básico (el de la LISMI) y, otro, complementario (el de la LIONDAU), ordenado a proporcionar las "garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para

b) Los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".

Y añade, en su más que elocuente art. 2 (intitulado "Acreditación del grado de minusvalía"):

"1. A los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *el grado de minusvalía igual al 33 por ciento se acreditará* mediante los siguientes documentos:

a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

A estos efectos, *en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por ciento de los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 de este real decreto.*

2. A los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *el grado de minusvalía superior al 33 por ciento se acreditará mediante* los siguientes documentos:

a) El grado de minusvalía superior al 33 por ciento se acreditará mediante resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.

b) Los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 del presente real decreto podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por ciento. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía."

[11] Igualmente manifiesta en la doctrina científica. En apoyo de la primera interpretación, *vid*. TUSET DEL PINO, P.: "La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez", en *Revista Doctrinal Aranzadi* Social, paraf. num. 175/2006, parte *Presentación*. Representativa de la segunda, GARCÍA VALVERDE, Mª D.: *op.* cit.; igualmente, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del artículo 1.2 de la Ley 51/2003", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. num. 10/20083/2008, parte *Presentación.*

[12] *Vid.* SS. de 21 de marzo de 2007 (Recursos núm. 3872/2005, Ponente: A. Martín Valverde y 3902/2005, Ponente: J. Souto Prieto).

participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país" –según rezaba su propia EM–;

— la atribución de la condición de persona con discapacidad quedaba inscrita en el grupo normativo de la Ley 13/1982 y no en el de la Ley 51/2003, debiendo llevarse a cabo conforme al art. 10 LISMI (mediante valoración y calificación realizada por los equipos multiprofesionales de valoración;

— las previsiones del art. 1.2 Ley 51/2003 desplegaban plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley ("en todo caso" incluido en la LIONDAU –"a los efectos de esta ley"–), sin alcanzar a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado (*sic*.).

— las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente atienden a fines diversos. La de seguridad social responde, exclusivamente, a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía o discapacidad incluye otras dimensiones de la vida social (como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales). La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el artículo 1.2 Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la seguridad social, bien a la protección de la discapacidad, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social.

Si bien la literalidad del art. 1.2 LIONDAU –habilitante de la asimilación de la IP pensionada a la discapacidad en grado del 33 %– se mantendría en sus propios términos tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2011, la doctrina del "reconocimiento automático" del grado de discapacidad permanecía neutralizada, merced a la doctrina unificada, y siempre unánime[13], del TS.

Y así sería hasta que, cristalizado el mandato refundidor de la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2011, en la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, la cuestión de la asimilación y su alcance ha cobrado, de nuevo, vigencia por mor del tenor literal que, en el Texto Refundido, exhibe el precepto regulador (art. 4.2), que muda la literalidad de su precedente (art. 1.2 LIONDAU). Reza la norma refundida:

"2. Además de lo establecido en el apartado anterior, *y a todos los efectos*, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad

[13] Ningún Voto Particular consta formulado frente a ninguna de las abundantes Sentencias que consolidaron esta doctrina. Esta observación resulta relevante a los efectos del análisis que se realiza en el apartado 3 (y último) de este estudio, en particular, respecto de la coherencia extrínseca del Voto Particular formulado, ahora, frente a la STS (Social) núm. 992/2018, de 29 de noviembre.

Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad."

El alcance de la expresión "a todos los efectos" (que desplaza la de "a los efectos de esta Ley", contenida en el art. 1.2 de la Ley 51/2003 –también tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2011–) ha propiciado la reactivación de la doctrina del reconocimiento automático de la discapacidad en grado de 33 % en los casos de IP pensionada que resurge, además, con mayor brío y ambición, por mor de la rotunda ampliación objetiva que la modificada literalidad del precepto exhibe. Además, y como se verá en el siguiente epígrafe, la redacción del art. 4.2 del Texto Refundido ha venido a remover –hasta dividir a la Sala Cuarta– los cimientos sobre los que se asentaba la consolidada y unánime doctrina unificada del Tribunal Supremo.

3. EL ART. 4.2 T.R. LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL: LA NORMA (¿*ULTRA VIRES*?) QUE FULMINA LA UNANIMIDAD DE CRITERIO EN EL TS. DOCTRINA (MAYORITARIA) Y VOTO PARTICULAR

Los efectos perturbadores del precepto, ya apuntados en el epígrafe precedente, se manifiestan de manera diáfana en la STS (Social), núm. 992/2018, de 29 noviembre[14] y su gemela, STS (Social), núm. 993/2018, de la misma fecha[15], suscitadas a raíz de la impugnación de sendas resoluciones dictadas en suplicación, respectivamente, por las Salas de lo Social de los TTSSJ de Castilla y León y Castilla-La Mancha –respectivamente–, en materia de grado de discapacidad.

La cuestión de hecho subyacente en ambas resoluciones ha hecho eclosionar todo el potencial disruptor del Texto Refundido. En ambos casos, la persona interesada había solicitado reconocimiento de grado de minusvalía, ante los órganos autonómicos correspondientes y en base al sistema LISMI-R.D. 1971/1999; tras los oportunos expedientes de valoración, se dictaron sendas resoluciones en las que se reconocía un grado total de discapacidad del 18 % y 29 %, respectivamente (en cualquier caso, inferior al 33 %), por discapacidad física, cero puntos por movilidad reducida y no valorable puntos por necesidad de concurso de tercera persona. Tales resoluciones administrativas asumen el dictamen propuesta de los respectivos Equipos de Valoración y Orientación (EVOs). Mostrándose, los interesados, disconformes con las correspondientes valoraciones y habiendo sido previamente declarados afectos de Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad común, solicitaron reconocimiento de un grado total de discapacidad igual al 33 %, en base al art. 4.2 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y a su condición de afectos de IPT y, no habiéndoseles reconocido según su pretensión, instaron las correspondientes reclamaciones administrativas previas desde las cuales se iniciaría la vía judicial. Resultando ambos íteres idénticos, en lo sucesivo se hará referencia únicamente al devenir procesal de la causa que aboca en la STS (Social) 992/2018, de 29 de noviembre de 2018.

[14] Dictada en r.c.u.d. (recurso 3382/2016). Ponente**:** J. Gullón Rodríguez.
[15] Dictada en r.c.u.d. (recurso 1826/2017). Ponente: M. Calvo Ibarlucea.

Habiéndose instado por el interesado, ya demandante, la oportuna acción para reconocimiento del grado de discapacidad, la misma fue turnada al Juzgado de lo Social nº 1 de León que dictó sentencia estimando íntegramente la demanda, y declarando al actor afecto de un grado de discapacidad del 33 %. Interpuesto por la Junta de Castilla y León recurso de suplicación contra la indicada resolución, la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León dictó sentencia estimatoria del recurso de suplicación formulado, declarando la revocación de la misma con desestimación de la demanda, por estimar que el art. 4.2 del R.D. Leg. 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, incurre en *ultra vires* por haber rebasado los límites de la delegación normativa otorgada por la Ley 5/2003 (*sic.*) (entiéndase, Ley 26/2011), lo que determinaba la necesidad de mantener la doctrina jurisprudencial que interpretó la Ley 51/2003, en la que la atribución del 33 % del grado de discapacidad a los beneficiarios de IPT, IA o GI, lo eran *a los efectos de la propia Ley*, no "a todos los efectos".

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó por el interesado recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 18/12/2015, así como la infracción del art. 4.2 R.D. Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, en la medida que, la sentencia de contraste llega a sostener que la redacción de dicho art. 4.2 *deroga y sustituye* la literalidad que lo precedía (la del art. 1.2 Ley 51/2003), por lo que también descarta la aplicación de la doctrina jurisprudencial vertida sobre este último.

Comienza la Sala centrando el *punctum dolens*: concretar si, en los casos en los que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez, se le ha de reconocer, al amparo de lo previsto en el art. 4.2 R.D. Legislativo 1/2013, *de manera automática y a todos los efectos*, el 33 % de discapacidad o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en *ultra vires* en relación con la autorización normativa concedida en la Ley 26/2011, de 1 de agosto. Y advirtiéndose por la Sala la necesaria contradicción entre la sentencia impugnada y la propuesta como de contraste, se entra a conocer del fondo del asunto.

Tras el debido recorrido por la literalidad de las sucesivas leyes reguladoras del *status* de las personas con discapacidad y la abundante jurisprudencia vertida al respecto, la Sala realiza un análisis de lo que ella misma califica como "pretendido paralelismo automático entre la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y el reconocimiento del grado de discapacidad igual al menos al 33 %".

En este sentido, señala que, precisamente, fue en la interpretación del derogado art. 1.2 LIONDAU donde emergió el problema de la determinación del alcance de la expresión legal "a los efectos de esta Ley", y si la misma implicaba el reconocimiento automático del 33 % de discapacidad como mínimo a quienes tuvieren reconocida la condición de beneficiarios de una pensión de IPT, IPA o GI, o bien tal atribución sólo lo era a los restringidos efectos del contenido de esa Ley, y que tal dialéctica quedó zanjada con la pródiga jurisprudencia de la Sala que interpretó que, a los efectos de las previsiones de esa Ley 51/2003, la acreditación de alguna de esas situaciones de incapacidad permanente posibilitaba la adquisición del referido grado de discapacidad del 33 %, pero para los demás

efectos se requería la aplicación del R.D. 1971/1999 a la hora de establecer el porcentaje correspondiente, aunque se tuviese reconocido uno de esos grados de IPT, IPA o GI.

Recuerda la Sala que la posterior aprobación de la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dejó intacta la literalidad del art. 1.2 de la LIONDAU (salvo la pertinente y necesaria actualización terminológica relativa al término "minusvalía" y su reemplazo por el de "discapacidad"). Quedan así, según la Sala, fijados los términos legales a partir de los cuales ha de valorarse si el R.D. Leg. 1/2013 incurre en *ultra vires* al modificar el contenido literal de aquel precepto en términos que exceden de la autorización recibida del legislador[16] (*ex* D.F. Segunda de la Ley 26/2011) y que, a partir de la expresión "*a los efectos de esta Ley",* muta –en el art. 4.2 del R.D. Leg. 1/2013– en *"a todos los efectos".*

A este propósito, la Sala recuerda que la legislación delegada (*ex* art. 82 CE) queda sometida a condiciones y límites que, para el caso de la refundición de textos legales, quedan concretados por la correspondiente ley de bases, que determinará si la delegación se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de *regularizar, aclarar y armonizar* (como autorizara al Gobierno la Ley 26/2011) los textos legales que han de ser refundidos.

En cualquier caso, en opinión de la Sala, la literalidad del precepto resultado de la refundición pone de manifiesto una "modificación que es de carácter sustancial" en la medida que –como continúa la sentencia[17]– "llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33 % «*a todos los efectos*» a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, y no exclusivamente a los efectos de aquella Ley, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido del legislador".

Siendo esto así, aprecia la Sala que "el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase "*a los efectos de esta ley*" por la de "*a todos los efectos*", en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir", porque –entiende la sentencia– "si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33 % de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33 %".

[16] Consistente, como se viera *supra*, en elaborar y aprobar "un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad".

[17] Cfr. STS (Social), núm. 992/2018, de 29 de noviembre de 2018; fund. jco. Sexto.

Añade, asimismo, el juzgador que, de admitirse tal exceso en la delegación legislativa "su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar".

Así, y en virtud de la aptitud –reconocida por el TC[18]– de la Jurisdicción ordinaria para conocer de los excesos en la delegación legislativa achacables a los decretos legislativos, atribuir mero valor de reglamento a la norma que se extralimite en el ejercicio de la delegación y proceder a su inaplicación si resultase *ultra vires*, la Sala manifiesta que la sentencia recurrida (del TSJ de Castilla y León) al inaplicar el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no incurrió en infracción legal alguna y contiene la doctrina correcta, razón por la cual se falla de desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto.

Resulta, entiendo, de interés analizar también –por cuanto denota la fractura interpretativa producida en la Sala, con motivo del salto cualitativo experimentado, respecto de su precedente, por la literalidad del art. 4.2 del R.D. Legislativo 1/2013– el Voto Particular formulado[19], según el cual el iterado precepto "no contiene una regulación *ultra vires*, y (…) el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33 %)".

Las consideraciones en que se fundamenta el indicado criterio pivotan, básicamente, sobre los dos núcleos básicos de debate:

-El ya conocido, relativo a la asimilación de las situaciones pensionadas de IP a la discapacidad en grado del 33 % y su carácter "automático" (tema, como es sabido, ya resuelto en la doctrina jurisprudencial consolidada y que, no obstante, emerge en el Voto Particular, sin duda por formar parte del substrato fáctico del litigio y por su íntima imbricación técnica con el alcance objetivo *extendido* –"a todos los efectos"– que predica el art. 4.2 del Texto Refundido). Al respecto, la Magistrada discrepante señala que el art. 4.2 del R.D. Legislativo 1/2013 no implica "en un procedimiento de determinación del porcentaje de discapacidad establecer que el interesado, por ser IPT, IPA o GI, tenga un 33 % de discapacidad. Por ser IPT, IPA o GI, tendrá la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en el RD 1971/1999, para que se dicte resolución en la que se indique que tiene el 33 % de discapacidad, con base en la asimilación que hace el Texto Refundido. Ahora bien, cuando los derechos que se reclamen impongan como requisitos que el grado de discapacidad que se requiere sea superior al 33 %

[18] Por todas, y más reciente, la STC 118/2016, de 28 de julio (fund. jco. 3), según la cual: "... de nuestro marco constitucional puede deducirse que el control de las disposiciones con rango de ley le corresponde, como regla general, prioritariamente, al Tribunal Constitucional, mientras que el de las disposiciones reglamentarias es de la competencia, también como regla general, prioritariamente, de los Tribunales ordinarios.....nuestro modelo constitucional del control jurisdiccional de las normas legales y reglamentarias, ni impide a este Tribunal, en algunos supuestos, controlar normas reglamentarias, ni excluye de la jurisdicción ordinaria , en todo caso, el control de normas con fuerza y rango de ley.....que los órganos judiciales ordinarios están habilitados para controlar disposiciones con fuerza y rango de ley ocurre, por ejemplo, ...con el control de los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación –ultra vires– (…), el cual puede llevarles igualmente a su inaplicación (STC 47/1984, de 4 de abril, FJ 3)".

[19] Por la Magistrada R. Virolés Piñol, al que se adhirieron los Magistrados F. Salinas Molina y J. M. López García de la Serrana.

es cuando necesariamente deben acudir al procedimiento del RD 1971/1999 para que les sea otorgado un determinado (*sic*.) superior al 33 % (porque este porcentaje ya es el mínimo previsto para la situación de discapacidad"; y, prosigue, "en caso de que no se alcance, la resolución se limitará a establecer esa circunstancia (art. 2.2 c) del RD 1414/2006), pero no a fijar un porcentaje específico inferior al 33 % porque por debajo de este porcentaje no podemos hablar de persona con discapacidad propiamente dicha, ni por asimilación, si no es IPT, IPA o GI".

Quien suscribe no acaba de entender la procedencia de este último argumento (impeditivo de una valoración *in minus* por parte de los órganos técnicos de evaluación) cuando el precepto en que se sustenta (art. 2.2. c RD 1414/2006) quedó derogado por la D. Derogatoria Única del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de –precisamente– adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que la considera opuesta a sus previsiones.

-La caracterización *ultra* vires (o no) del art. 4.2 del R.D. Legislativo 1/20: a criterio del Voto Particular, el precepto no incurre en *ultra vires* porque da cumplimiento a una *autorización amplia* dada por el legislador partiendo de la Convención de la ONU: "de conformidad con el artículo 82.5 de la Constitución y en el caso que nos ocupa, la autorización no se limitaba a la mera formulación de un texto único, sino que incluía expresamente la autorización para *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que han de ser refundidos". Dichas tareas debían desarrollarse, además, no de cualquier manera, sino atendiendo al concepto de *persona con discapacidad* "general y universal (…) que recoge la Convención de las Naciones Unidas (…)l que se ha trasladado a la Ley 51/2003 y ahora se mantiene en el RD Legislativo 1/2013".

Señala la Magistrada que, en tanto los textos legales a refundir (y, en concreto, la LISMI y la LIONDAU) resultaban dispares en cuanto a la concreción de a quién corresponde la *titularidad* de los derechos por cada una reconocidos, ello se debía a que "los derechos de la Ley 13/1982, en general, se otorgaban a quienes no estaban en el sistema de Seguridad Social, condición que no tienen las IPT o grado superior. Es por ello por lo que, en la Ley 13/1983 (*sic*.) no podía equipararse al 33 % de discapacidad a quienes tuvieran la situación de IPT o grado superior"; y, frente a ello, "la Ley 51/2003, en el marco del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, complementa la regulación del colectivo y señala los titulares de los derechos que en ella se recogen, definiendo a las personas con discapacidad de forma general. Junto a ese concepto, más específicamente y a los efectos de dicha ley, indica que "tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento". No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta –continúa en Voto Particular– que tanto la LISMI como la LIONDAU (y otras normas) reconocen a las personas con discapacidad unos derechos "que, en todo caso, traen causa de las mismas previsiones constitucionales (art. 49 de la CE)".

Razona el Voto Particular que "la legislación delegada, en este caso en textos refundidos, tiene como finalidad reunir en un texto único las previsiones contenidas en varios textos legales "mediante la verificación de aquello que permanece en el ordenamiento jurídico, por el juego del principio derogatorio de la ley posterior o de los principios de relación entre leyes por razón de su especialidad o generalidad". Junto a esta finalidad

principal, puede pretender "además regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. Ese objetivo unificador, que es nuclear en la refundición y que se justifica por razones de seguridad jurídica como ya dijimos, debe iluminar la tarea del Ejecutivo y orientar su actividad técnica, operando como principio informador y criterio interpretativo" (STS, Sala 3ª, 28/03/2012)". Partiendo de ello, sostiene la Magistrada que lo que ha hecho el R.D. Legislativo 1/2013 en su art. 4.2 "es unificar armónicamente el ámbito subjetivo que cada ley tenía, respetando sus respectivos contenidos y, para aglutinar a todos los sujetos destinatarios de todos los derechos que en el Texto se recogen, pero ya desde una perspectiva general y pendiente de desarrollo. El marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido es el mismo que existía antes, aunque ahora se ha encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en el Texto Refundido".

En mi opinión, este último argumento presenta serias debilidades que no cabe desconocer; entre otras razones, y *ad exemplum*, porque el art. 9 del propio Texto Refundido (relativo a la exención de aportación por prestación farmacéutica) reserva dicha exención sólo para las personas con discapacidad perceptoras de prestaciones LISMI… ni siquiera el propio Texto refundido es coherente en mantener una asimilación "a todos los efectos", pues mantiene la diferencia de trato entre los pensionistas de la Seguridad Social y las personas con discapacidad (diferencia establecida *ab origine* en la –derogada– Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su art. 94.bis, apartados 5.d y 8, respectivamente).

Servida queda, en cualquier caso, la discrepancia y presta, quizá a reavivarse.

La pensión de orfandad al amparo del subsidio de desempleo para excarcelados (Reflexiones a partir de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 954/2018, de 7 de noviembre)

The orphan's pension under the unemployment benefit for ex-offenders (reflections based on the legal principles of the ruling issued by the Social Security Chamber of the Supreme Court No 954/2018 of 7 November)

FERNANDO ELORZA GUERRERO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Resumen

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 de noviembre de 2018, establece el criterio de que, en el caso de un causante beneficiario de un subsidio de desempleo para excarcelados, el mismo ha de considerarse en situación asimilada alta a efectos de establecer el posible derecho de sus hijos a una pensión de orfandad. La sentencia considera intrascendente la valoración de las razones por las que dicho causante no figuró durante un periodo de tiempo apreciable como demandante de empleo. Presume que el origen del incumplimiento de sus obligaciones por el causante está en la situación de prisión que padeció.

Palabras clave

pensión de orfandad, subsidio de desempleo de excarcelados, situación asimilada al alta

Abstract

The ruling issued by the Social Security Chamber of the Supreme Court on 7 November 2018 establishes the criterion which, in the event of a beneficiary of unemployment benefit for ex-offenders, this person must be deemed as registered with the Social Security for the purposes of establishing the possible right of their children to an orphan's pension. According to the ruling, the assessment of the reasons why the deceased did not appear as a jobseeker for a significant period of time is inconsequential. It presumes that the origin of the breach of obligations by the deceased is in the time of imprisonment.

Keywords

Orphan's pension, unemployment benefit of ex-offenders, registration with the social security

1. INTRODUCCIÓN

La evolución histórica de la pensión de orfandad, en cuanto prestación de la Seguridad Social por supervivencia, es la historia de una institución jurídica que, a lo largo de los años, ha visto cómo se modificaba su fundamento y finalidad[1]. En este sentido, si en un principio se asumió que el otorgamiento de la pensión se debía considerar justificado cuando se apreciaba la concurrencia de la denominada "situación de necesidad tipificada"[2] –aquella originada por la muerte del padre, en cuanto "cabeza de familia" que procuraba el

[1] Remito en este sentido a BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Thomson – Aranzadi, Madrid, 2003, pág. 152 y ss.

[2] ALMANSA PASTOR, J.M.: "La protección por muerte en la Seguridad Social española", RISS, núm. 2, 1969, pág. 152 y ss.

Fecha Recepción: 14-3-2019 – Fecha Revisión: 20-4-2019 – Fecha Aceptación: 25-4-2019
Pag. 113-120

sustento de la familia con su trabajo–, con posterioridad los cambios acaecidos en la sociedad española, y en el propio mercado de trabajo, han determinado, entre otras cosas, que el derecho a la pensión de orfandad se reconozca tanto cuando fallece el padre, como la madre, y lo que es si acaso más importante, aunque el sobreviviente tenga ingresos suficientes para sostener a los hijos supervivientes.

En este sentido, desde hace años es claro que la pensión de orfandad ya no tiene por finalidad única la cobertura de situaciones de necesidad efectiva, y por tanto cabe concluir que su fundamento jurídico, y orientación, han cambiado. Cambio que resulta más notable si cabe cuando, además, se decide restringir el ámbito subjetivo de protección de esta prestación, limitando sus potenciales beneficiarios a los hijos del causante, en detrimento de las pretensiones que pudieran tener en este ámbito otros familiares con vínculos más lejanos. No en vano, desde hace años se señala como fundamento último de esta pensión "el mantenimiento del nivel de rentas existente en la unidad familiar a la muerte del causante", y no la hipotética situación de necesidad económica en que pudiera encontrarse el huérfano, pues es posible que la misma sea inexistente[3].

El panorama actual de estar prestación en España, por tanto, nos sitúa ante una "una prestación de carácter contributivo a favor, exclusivamente, de los hijos de los trabajadores o pensionistas que cumplen con las condiciones profesionales exigidas (de encuadramiento y cotización al sistema), al margen de la relación existente entre las partes con anterioridad al fallecimiento y de la situación generada tras el óbito"[4]. Eso sí, en todo caso la vigente Ley General de Seguridad Social (LGSS) establece una configuración legal que atiende a dos situaciones de distinto tenor a la hora de reconocer la condición de beneficiarios de la prestación a los hijos del supérstite (art. 224 LGSS): a) los hijos del causante que son menores de veintiún años o están incapacitados para el trabajo –sin límite de edad–; b) los hijos del causante que, siendo menores de veinticinco años, sin embargo no realizan un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o realizándolo obtienen unos ingresos inferiores, en cómputo anual, a la cuantía, también en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional.

No obstante, y antes de entrar en materia, no puedo evitar una referencia a la recientísima reforma del régimen de la pensión de orfandad operada en virtud de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer[5]. Sin ánimo de abordar exhaustivamente las distintas claves de esta reforma –vinculadas sobre todo a la voluntad legislativa de mejorar las condiciones económicas que implican el reconocimiento de una pensión de orfandad de quienes tengan la consideración de víctimas de la violencia de género, de forma que puedan pasar de cobrar 135 €/mes a 600 €/mes– sí estimo oportuno destacar que, en adelante, nuestra LGSS reconoce de forma diferenciada una "pensión de orfandad", y una "prestación de orfandad" –véase, y compárensen, los apartados 1 a) y 3 del art. 216 LGSS–. De tal manera que, si bien la primera atiende a resolver la situación de necesidad que hasta ahora ha constituido el objeto de la pensión de orfandad, y a la que nos

[3] RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 25.

[4] BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho*, op. cit., pág. 153. En este sentido, Almendros González, M.A.: *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 275, señaló en su momento, de forma muy gráfica, que "la contingencia protegida es la supervivencia de los hijos tras el fallecimiento del padre o de la madre de los que dependían económicamente".

[5] BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019.

hemos referido hace unos instantes, la segunda –la prestación de orfandad–, por decisión del legislador estatal, identificará la prestación de Seguridad Social a la que tendrán derecho "las hijas e hijos de la causante fallecida como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, siempre que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta, en los términos establecidos reglamentariamente, y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad"[6]. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo que se analizará a continuación, lógicamente, versa sobre la primera institución, la "pensión de orfandad", si bien el criterio jurisprudencial que en la misma se fija ha de considerarse también de aplicación en el caso de la prestación de orfandad.

2. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) NÚM. 954/2018, DE 7 DE NOVIEMBRE

En la presente sentencia, que ha dado lugar a una unificación de doctrina por parte el Alto Tribunal español, el Tribunal Supremo establece como objeto del recurso de casación –interpuesto por el representante legal de un menor de edad– la determinación de "si el causante se encontraba en situación de asimilación al alta cuando habiendo fallecido en accidente de tráfico y percibiendo en el momento del óbito un subsidio de desempleo para excarcelados, tuvo un período de desvinculación amplio con el desempleo en fechas anteriores a la percepción del subsidio, habiendo quedado acreditados los requisitos de cotización previa y estar al corriente de sus obligaciones de cotización". En concreto, el recurso de casación se presentó contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 30 de junio de 2016 –Rec. 359/2016–, que desestimó en su día la demanda de solicitud de reconocimiento de una pensión orfandad respecto de un causante de la misma[7] –excarcelado, que percibía un subsidio por desempleo para excarcelados desde el 17 de septiembre de 2013 hasta su muerte–, que falleció en 2014 en accidente de tráfico, y al que previamente el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) había denegado también dicha prestación al considerar: a) que no se encontraba el causante a fecha de fallecimiento en alta o en situación asimilada al alta y no haber completado el período mínimo de cotización de 15 años; b) no reunir un período mínimo de cotización de 500 días anteriores a la fecha del fallecimiento; c) no hallarse al corriente en el pago de las cuotas. El Alto Tribunal andaluz consideró que en este caso el causante cumplía con los requisitos de hallarse al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social al tiempo en que se produce el hecho causante de la referida prestación. Igualmente, estimó que aquél se hallaba al corriente de su obligación de cotización por períodos en los que estuvo en su día de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), toda vez que la exigencia de la misma había ya prescrito –consta un descubierto de cotización entre el 1 de julio de 2009 y el 30 de septiembre del mismo año–.

[6] Así reza el nuevo apartado 3 del art. 216 LGSS.

[7] Que acreditaba diferentes periodos en el Régimen Especial Agrario, hasta alcanzar la cifra de 4.183 días de cotización y respecto del que constaban diferentes periodos de inscripción como demandante de empleo, si bien entre el entre octubre de 2009 y julio de 2013 el causante no constó como inscrito en calidad de demandante de empleo. Dicho causante a su vez, percibió un subsidio de desempleo para excarcelados desde el 17 de septiembre de 2013 hasta el día de su muerte. El Tribunal, asimismo, consideró hecho indiscutido que esta persona no había cotizado al menos 15 años, razón por la que centró la acción judicial en clarificar si podía estimarse en alta o en situación asimilada al alta, a efectos de poder reconocer a la huérfana el derecho a percibir una pensión de orfandad.

Sin embargo, y dado que resultaba indiscutible que el historial de cotización del causante no alcanzaba los 15 años, el Tribunal Superior de Justicia subrayó que el acceso a la pensión de orfandad pasaba bien por el cumplimiento del requisito del alta ante la Seguridad Social al momento del hecho causante, o bien por encontrarse en situación asimilada al alta, de tal manera que, aunque se consideren legalmente situaciones asimiladas al alta a efectos de causar la prestación, entre otras, la situación legal de desempleo y el paro involuntario, una vez en este caso agotada la prestación por desempleo, ello será así siempre que se mantenga la inscripción como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente. Es precisamente en este punto donde el tribunal andaluz apreció la existencia de una falla jurídica insalvable, pues no constaba ninguna circunstancia que explicara el que el causante de la pensión de orfandad hubiera descuidado sus obligaciones legales para continuar formalmente en situación de alta, o asimilada al alta, o hiciera la misma inútil durante un largo período –que va desde primeros de octubre de 2009 hasta que volvió a vincularse al sistema de Seguridad Social en julio de 2013–. En este sentido, el TSJ advirtió que en esta ocasión "aunque el causante para poder percibir el subsidio de liberados de prisión (…) ha de haber estado privado de libertad por tiempo superior a seis meses, no se ha probado cual es el tiempo que efectivamente estuvo en prisión, ya que la flexibilización del requisito de alta o situación asimilada mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto, no puede llevar a la absoluta inexigencia del mismo y no puede aplicarse en supuestos en los que no pueda inducirse una racional dificultad o inutilidad de la inscripción en la oficina de empleo", por lo que al no haberse cumplido en este punto las exigencias legales establecidas en la LGSS el Tribunal termina por confirmar la sentencia denegatoria de la referida pensión de orfandad.

Como sentencia de referencia, el recurrente en casación para la unificación de doctrina alegó la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, de 18 de abril de 2001 (Rec. 2468/98), que confirmó el reconocimiento del derecho a percibir la pensión de orfandad por la muerte del padre de unos menores. De forma idéntica al caso enjuiciado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el causante también había fallecido por accidente circulatorio, encontrándose percibiendo en ese momento el subsidio por desempleo para liberados de prisión, de tal manera que el INSS denegó la prestación al no hallarse el causante en alta o en situación asimilada al alta en la fecha del fallecimiento, ni ser pensionista. La Sala del Tribunal Superior de Justicia en esta ocasión, sin embargo, desestimó el recurso de la Entidad Gestora contra la sentencia de instancia que no respaldó la actuación de ésta, al considerar que no se había alegado en el pleito la falta de afiliación al Régimen General de la Seguridad Social, ni de carencia, ni de la relación paterno filial, y que se estaba percibiendo por el causante un subsidio de desempleo, por lo que éste se encontraba en situación asimilada al alta, en general y sin distingos, y cumplía, por tanto, los requisitos establecidos en los arts. 175 y 176 LGSS –hoy arts. 219 y 244 LGSS, respectivamente–, siendo de aplicación, en definitiva, la interpretación jurisprudencial más flexible y beneficiosa, que no exige la inscripción ininterrumpida de forma estricta.

Considera en definitiva el Tribunal Supremo que concurren los requisitos jurídicos para que el Alto Tribunal entre a unificar doctrina a la vista de las soluciones tan dispares alcanzadas en la Comunidad Autónoma andaluza y valenciana. Y en este sentido, lo primero que hace el Tribunal Supremo es recordar que, conforme a lo dispuesto por el art. 166.1 LGSS, nuestro ordenamiento jurídico asimila a la situación de alta la situación de desempleo

total durante la que el trabajador percibe la prestación por dicha contingencia. Adicionalmente, advierte que, conforme al art. 36 del Real Decreto 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de trabajadores en la Seguridad Social: "Continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicio o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: 1º La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo".

Teniendo en cuenta la normativa anterior, para el Tribunal Supremo es claro que "la situación de asimilación al alta procede únicamente en los supuestos normativamente previstos y sólo respecto a determinadas contingencias, no existiendo un catálogo cerrado". Y en este sentido, como tal considera la situación que registran "aquellos desempleados que estén percibiendo cualquiera de los subsidios de desempleo previstos normativamente" –de acuerdo con la doctrina establecida por el Alto Tribunal en sentencias como la dictada el 9 de noviembre de 1999 y de 10 de noviembre de 2003 (Rcud. 1308/2002 y 1789/1999)–.

No obstante, el Tribunal Supremo es consciente de que la discusión jurídica en el presente recurso gira en torno a si resulta exigible en todo caso la inscripción del beneficiario de la prestación de desempleo como demandante de empleo, pues éste fue el aspecto en el que se basó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para denegar la prestación de orfandad. Y precisamente por ello si bien señala que "para el acceso al subsidio de desempleo, en cualquiera de sus modalidades, se requiere –con carácter general– la condición de estar parado y figurar inscrito como demandante de empleo, sin que el artículo 274.2 LGSS –relativo al subsidio de desempleo de los liberados de prisión– establezca nada que condicione o modifique el citado requisito general", concluye finalmente que, en el presente caso, "aunque no se declare expresamente probado en la sentencia recurrida, resulta perfectamente explicable que la falta de inscripción como demandante de empleo que se produjo en fechas anteriores a la percepción del subsidio para excarcelados, se debiera –precisamente– a la permanencia del causante en prisión, ya que –de otro modo– resultaría inexplicable el disfrute de este especial subsidio, no pudiendo presumirse que existiera una voluntad de abandono del sistema o una voluntad de apartamiento de la búsqueda de empleo" (F.J. Tercero.3). En definitiva, el Alto Tribunal español considera que, cuando nos encontramos ante un desempleado que ha cumplido pena de prisión, la falta de inscripción como demandante de empleo en un periodo anterior no puede constituir un factor de denegación de la pensión de orfandad, pues dicha situación es consecuencia lógica de la falta de libertad del preso y del impedimento legal, y fáctico, que registra para cumplir con la exigencia legal de inscribirse como demandante de empleo. Se respalda por tanto la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y con ello la interpretación que sostiene que, para obtener el reconocimiento de la pensión de orfandad, y apreciar que el causante está en situación asimilada al alta, no es necesario que el mismo figure inscrito como demandante de empleo de forma ininterrumpida, bastando con que figure como beneficiario de una prestación de desempleo –en este caso subsidio de desempleo para excarcelados–.

3. LA CONDICIÓN DE BENEFICIARIO DE UN SUBSIDIO DE DESEMPLEO PARA EXCARCELADOS COMO REQUISITO OBJETIVO QUE POSIBILITA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA PENSIÓN DE ORFANDAD

La inexistencia de cotizaciones durante quince años de quien se pretende causante de la pensión de orfandad es el factor que llevó en su momento al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a centrar su atención en la determinación de si, en el caso objeto de consideración, aquél se encontraba en alta o en situación asimilada al alta. Precisamente, cuando se alcanza este punto, los estudiosos de esta prestación de la Seguridad Social suelen recordar la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto, pues desde hace años el Alto Tribunal español ha desplegado apreciables esfuerzos en la dirección de humanizar las exigencias legales que condicionan el reconocimiento a un huérfano de una pensión de orfandad, buscando facilitar el disfrute de la misma. Como antecedente más inmediato de esta línea de pensamiento, cabe señalar la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 (Rcud. 1563/2015), bien es verdad que, en un supuesto netamente distinto al ahora analizado, pues en esa ocasión la interpretación flexibilizadora del requisito del alta o situación asimilada al alta se estableció en relación con las dolencias ocasionadas por el alcoholismo crónico del causante de la pensión, que no le permitieron trabajar y que, posteriormente, ocasionaron su fallecimiento. Sin embargo, entonces, como en el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo consideró que la situación personal del causante de la pensión –alcohólico– no permitía apreciar que existiera un abandono voluntario del Sistema de Seguridad Social, por lo que la inexistencia de alta en la Seguridad Social, al fallecimiento del mismo, no puede determinar la desestimación de la solicitud del reconocimiento de la pensión de orfandad en el caso de un beneficiario que reúne todos los otros requisitos establecidos por la LGSS. A fin de cuentas, y como la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 recuerda en su F.J. Tercero, esta doctrina entronca con la "reiterada doctrina de asimilación al alta que esta Sala ha aplicado a situaciones en que el alejamiento del sistema se ha producido por similares circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del causante" [8].

Esta doctrina jurisprudencial, al decir de algunos estudiosos, "conduce inexorablemente a ponderar circunstancias subjetivas del sujeto causante, que ha de valorar el órgano juzgador, caso por caso, sin tener una base positiva"[9]. Una compresión del fenómeno que ha sido criticada al estimar que "provoca, en la práctica, que desde el orden

[8] Recuerda a tales efectos el Tribunal Supremo que "entre muchas otras, conviene destacar las sentencias de 19-12-1996 (Rcud. 1159/1996) o 19-11-1997 (Rcud. 1194/97) y 27-5-1998 (Rcud. 2460/197) contemplando supuestos en los que el interesado se hallaba en situación de alcoholismo crónico con demencia o crisis graves de conducta, con abandono personal y perturbación de su personalidad". En estos casos, que podemos calificar de patológicos, el Tribunal Supremo estima – con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1997 (Rcud. 1194/1997), que a su vez se remite al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1996, dictada en unificación de doctrina – que "hay que entender cumplido el requisito de alta cuando la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse al baja en la Seguridad Social, ya que es explicable que en tal circunstancia se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, debiéndose añadir que los familiares más cercanos del causante no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la Seguridad Social provocada por una enfermedad degenerativa y adictiva como es el alcoholismo crónico. Todo lo cual es concordante con lo establecido en el art. 41 de la Constitución que obliga a mantener un régimen público de la Seguridad Social que garantice prestaciones ante situaciones de necesidad".

[9] DÍAZ AZNARTE, M.T.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 31.

jurisdiccional social se entre a determinar cuestiones que (…) exceden de sus competencias, especialmente en orden a la capacidad volitiva del trabajador que fallece tras haber sufrido procesos de naturaleza adictiva, como pueden ser el alcoholismo o la drogadicción" [10]. Opinión a la que se contrapone la de los que piensan que la normativa –y no sólo la jurisprudencia, por tanto– debería abrir una puerta a la consideración individualizada de las circunstancias de las personas[11], pues "exigir la condición de demandante de empleo a quien (…) no está en condiciones reales de llevar a cabo actividad laboral resulta cuestionable, por más que ajustado a la letra de las normas"[12].

En cualquier caso, y con independencia de las polémicas doctrinales, en el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 analizada, entiendo que el Alto Tribunal español se sitúa en una perspectiva distinta, pues el supuesto de hecho que aborda puede calificarse, a mi juicio, como un caso en el que concurren circunstancias ajenas a la voluntad del causante, básicamente porque no se conoce nadie que ingrese voluntariamente en la cárcel, ni que resulte condenado, y privado de libertad, como consecuencia de una situación infortunada –debe mediar, al menos, culpa en el condenado–. Técnicamente el causante no estaba en alta, pero sí podía ser considerado en situación asimilada al alta en virtud de lo establecido por el art. 166.1 LGSS –también de lo dispuesto, como bien señala el Tribunal Supremo, por el art. 36 del RD 84/1996–, dado que el mismo era perceptor de un subsidio de desempleo para excarcelados. La cuestión es que, como bien señala el Alto Tribunal español –y ya se ha reflejado antes–, "para el acceso al subsidio de desempleo, en cualquiera de sus modalidades, se requiere –con carácter general– la condición de estar parado y figurar inscrito como demandante de empleo, sin que el artículo 274.2 LGSS –relativo al subsidio de desempleo de los liberados de prisión– establezca nada que condicione o modifique el citado requisito general". Una exigencia que el Tribunal Supremo salva considerando, como también se ha señalado ya, aunque se reconoce que no consta como probado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía recurrida, que "resulta perfectamente explicable que la falta de inscripción como demandante de empleo que se produjo en fechas anteriores a la percepción del subsidio para excarcelados, se debiera –precisamente– a la permanencia del causante en prisión, ya que –de otro modo– resultaría inexplicable el disfrute de este especial subsidio, no pudiendo presumirse que existiera una voluntad de abandono del sistema o una voluntad de apartamiento de la búsqueda de empleo".

Posiblemente en pocos supuestos como éste se materializa la visión de la pensión de orfandad como prestación en la que "la contingencia protegida es la supervivencia de los hijos tras el fallecimiento del padre o de la madre de los que dependían económicamente"[13], de tal manera que como en su momento refirió el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de diciembre de 1996, en casos como el ahora analizado, donde el causante cumple los demás requisitos legales exigidos, "los familiares más cercanos del causante no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la Seguridad Social". En definitiva, en la Sentencia del Tribunal Supremo analizada el órgano

[10] De nuevo, DÍAZ AZNARTE, M.T.: *Acción protectora de la Seguridad Social…*, op. cit., pág. 31.
[11] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "El paro involuntario no subsidiado (sin demanda de empleo) como posible situación asimilada al alta*", Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. II, 1997, p. 2.
[12] SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Estudio sistemático de la Jurisprudencia recaída en unificación de doctrina*, Aranzadi, junio, 1996, pág. 62.
[13] ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La protección social…*, op. cit., pág. 275.

jurisdiccional español no entra a valorar la posible voluntad individual del causante, sino que se limita a constatar un dato fáctico: la prisión del causante durante tiempo suficiente –al menos seis meses– para hacerle acreedor posteriormente al subsidio de desempleo para excarcelados, y la imposibilidad fáctica, por tanto, de inscribirse como demandante de empleo.

Serían en este sentido las circunstancias fácticas, y no tanto los condicionantes volitivos, las que impidieron el cumplimiento de la referida exigencia legal de inscripción. La cuestión es, sin embargo, que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía lo que cuestionaba es que, al no probarse de forma concreta el período en que el causante había estado en prisión, resultaba objetable el que la no inscripción como demandante de empleo no tuviera su origen en una actitud poco diligente del causante y no en una situación que escapaba totalmente a su voluntad[14]. Como se ha señalado por el Tribunal Supremo, en casos como éste no hay que olvidar que el reconocimiento del subsidio de desempleo tiene su origen en la permanencia en prisión del causante, y desde ese momento la exigencia de la inscripción como demandante de empleo, de forma continuada, pasa a ser irrelevante.

Se puede concluir por tanto que la principal aportación de la doctrina del Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de noviembre de 2018, es la objetivación de uno de los requisitos que habilitan al causante para generar el derecho de los hijos a la pensión de orfandad: si aquél es perceptor del subsidio de desempleo para excarcelados, el mismo debe ser considerado en situación asimilada alta, sin que deba entrarse a considerar las razones por las que dicho causante en determinados momentos pudo no figurar como demandante de empleo, incluso tratándose de periodos temporales de una cierta amplitud. Eso sí, el Alto Tribunal español presume que en el origen del incumplimiento de sus obligaciones en esta materia está la situación de prisión que padeció, circunstancia que, sin embargo, al Tribunal Superior de Justicia le suscitó algunas dudas.

[14] En este sentido, la actitud del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía entronca con la doctrina del Tribunal Supremo que a lo largo de los años se ha expresado en diversas sentencias, y que pone el acento en la importancia en estos casos de la conducta del individuo en relación con su inscripción como demandante de empleo. Ejemplificativa de esta doctrina es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de marzo de 2006 (Rcud. 5478/2004) que, en relación bien es verdad que con una pensión de viudedad, señala lo siguiente: "la inscripción actualizada como demandante de trabajo, en la Oficina de Empleo, se revela como instrumento justificativo de esa involuntariedad en el paro laboral a los fines de, en su caso, posibilitar el acceso a prestaciones de Seguridad Social, por lo que, cuando se advierte el transcurso de un tan largo período de tiempo…sin la más mínima constancia de la concurrencia de dicha situación de paro…no parece que pueda darse verosimilitud a la pretendida continuidad, sin solución, en tal situación de paro involuntario que propicie el reconocimiento de una prestación como la postulada en los presente autos. No puede, por tanto, argüirse con suficiente constancia jurídica que la falta de inscripción en la Oficina de Empleo carezca de virtualidad alguna, debiendo, en cambio, asignársele la finalidad de ser demostrativa de una real y efectiva voluntad de acceder al trabajo. (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993, Rcud. núm. 2396/1991, y de 1 de abril de 1993, Rcud. núm. 1772/1992)…A lo largo de dichas vicisitudes ningún elemento anómalo interfiere en el proceso hasta el punto de representar un impedimento grave, capaz de sustituir la voluntad del afectado. Estas razones excluyen la aplicación de la doctrina flexibilizadora del requisito de estar en alta o asimilado…".

nº 19 (2º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La presunción de "laboralidad" de nuevo a escena: el desprendimiento de retina como accidente de trabajo en caso de uso de pantallas de visualización de datos

The presumption of "workplace-related" back on the scene: retinal detachment as a workplace accident when using visual display units

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA COMO TITULAR DE UNIVERSIDAD)
DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

De manera innovadora, el Tribunal Supremo está paulatinamente ampliando el concepto de accidente de trabajo ("numerus apertus") que enuncia el artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social. Y es que, en contra de lo que hasta ahora venía sosteniendo la doctrina judicial mayoritaria, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2018 reconoce como accidente laboral el desprendimiento de retina sufrido por una trabajadora mientras se encontraba delante de un ordenador o PVD (pantalla de visualización de datos), en el ejercicio de las funciones como administrativa de la Seguridad Social.

Palabras clave

Salud laboral, accidente de trabajo, presunción, ordenador y Seguridad Social

Abstract

In an innovative way, the Supreme Court is gradually expanding the concept of workplace accident ("*numerus apertus*") set forth by Article 156 of the General Social Security Law. Contrary to current majority judicial principles, the Supreme Court ruling of 21 June 2018 recognised the retinal detachment suffered by a worker while in front of a computer or VDU (visual display unit) as a workplace accident, in the exercise of her role as a Social Security administrative assistant.

Keywords

Occupational health; workplace accident; presumption; computer and Social Security

"... entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica existe un vínculo de necesidad peculiar creado por el legislador, que nosotros no podemos concebir sino como análogo a la causalidad natural. Se trata aquí de una causalidad jurídica propia creada por los hombres en analogía con la causalidad natural".

Engisch, Karl[1]

1. ANTECEDENTES Y SUPUESTO DE HECHO EN LA SENTENCIA DEL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2018

En los últimos tiempos la doctrina del Supremo está experimentando cambios y giros jurisprudenciales importantes que pueden calificarse de acertados, puesto que caminan en la senda de la protección del trabajador accidentado en tiempo y horas de trabajo. A buen

[1] ENGISCH, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2001, pág. 37.

Fecha Recepción: 20-3-2019 – Fecha Revisión: 21-4-2019 – Fecha Aceptación: 23-4-2019
Pag. 121-139

ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 2018 (sentencia número 661/2018)[2] ha estimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una administrativa de la Intervención Delegada de la Seguridad Social en Orense por la que se reclama el cambio de contingencia y, por ende, el reconocimiento como profesional del accidente que sufrió mientras trabajaba delante del ordenador en su puesto de trabajo. En efecto, los hechos se remontan al día 4 de noviembre de 2014 cuando la demandante estaba manejando la pantalla de visualización de datos (en adelante PVD) de su puesto de trabajo, momento en el que ésta sintió molestias en sus ojos y alteraciones visuales importantes. Preocupada por dicha situación, la trabajadora acudió a su centro de salud el cual la remitió a urgencias debido a la gravedad de la patología que manifestaba. Una vez en el servicio de urgencias la trabajadora es operada de desprendimiento de retina, iniciando así una baja por incapacidad temporal (IT) el día 5 de noviembre de 2014.

En un principio la baja por incapacidad temporal fue calificada como de enfermedad común. Y una vez iniciado el expediente de determinación de contingencias ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Gestora declaró y reiteró que la incapacidad era de origen común a fecha de 20 de enero de 2015. Por lo que, la trabajadora decidió recurrir dicha decisión ante la Sala de lo Social número 3 de Orense.

Con fecha de 12 de marzo de 2015, el Juzgado de lo Social estimó la demanda de la trabajadora frente al INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), de modo que declaró la incapacidad iniciada el 5 de Noviembre de 2014 como derivada de accidente de trabajo. Contra dicha sentencia, el INSS y la TGSS interpusieron recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Con fecha de 29 de junio de 2016, se pronuncia la Sala declarando la estimación total del recurso presentado por ambas entidades gestoras de la Seguridad Social, revocando así la sentencia dictada el 12 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social número 3 de Orense.

El TSJ fundamentó su pronunciamiento en base a la ruptura o falta de conexión causal, al entender que la causa del desprendimiento de retina o traumatismo nada tiene que ver con el uso del ordenador. Aparte, de manera poco plausible y razonada, afirmó el TSJ de Galicia que cabe deducir este hecho no sólo de la falta de datos acreditativos, sino también de la misma literatura médica la cual "... no considera el trabajo frente a pantallas de ordenador como causa de desprendimiento de retina".

Posteriormente, la trabajadora interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, quien juzgó los hechos objeto de controversia en la sentencia aquí referenciada.

2. EL CARÁCTER DE "NUMERUS APERTUS" DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO: AVANZANDO HACIA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR

El concepto de accidente de trabajo resulta determinante de cara a las constantes modulaciones que, en torno a su concepto, han sufrido las normas que del sistema de Seguridad Social. Quizás, la razón de todo este cambio se deba no sólo a su especificación o carácter determinante del nacimiento de este riesgo (es decir, siniestros súbitos y bien localizados), sino también a su relativa infrecuencia comparada con otros riesgos tales como

[2] Número de procedimiento: 3144/2016 (RJ 2018/2931).

la enfermedad o la vejez, los cuales han constituido a posteriori objeto también de protección social. Todos ellos fueron esenciales para iniciar en España, así como el resto de países de nuestro entorno[3], la formación del ordenamiento de Seguridad Social[4].

En España el concepto de accidente de trabajo ha venido manteniéndose sustancialmente idéntico a lo largo de más de un siglo desde su promulgación a través de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero 1900. Sin embargo, no cabe olvidar otras normas que también se han referido a esta figura, a saber: la Ley de 22 de diciembre de 1955 por la que se unifica la legislación de accidentes de trabajo, el Reglamento para su aplicación de 22 de junio de 1956, la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994[5] y la vigente Ley 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la General de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

Tal conservación tiene su razón de ser en la esencia misma del concepto de accidente de trabajo que utiliza el art. 1 de la Ley de 1900 (LAT): "Para los efectos de la presente ley, entiéndase por accidente de trabajo toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena…". Noción amplia, tal y como se puede comprobar de las expresiones "lesión corporal" y "con ocasión o por consecuencia del trabajo". Esta definición ha permitido una continuada y expansiva interpretación doctrinal y jurisprudencial del término accidente de trabajo a la luz del momento histórico, pero también las exigencias sociales correlativas[6] y las sucesivas reformas legislativas[7]. De ahí que, poco a poco, se hayan incorporado a este concepto legal algunas realidades sociales (art. 3.1 del Código Civil) que, hasta el momento, se ubicaban como contingencias comunes (por ejemplo: el accidente "*in itinere*")[8].

---

[3] Por citar algunos ejemplo: en Gran Bretaña la Ley de Accidentes de Trabajo de 1897 es la primera que marca una evolución frente al antiguo sistema protector de las Leyes de Pobres; igualmente en Francia, la Ley de 9 de abril de 1898 anticipa en muchos años la protección del accidente respecto de la los demás riesgos; en el caso Alemán, la obra legislativa del Canciller Bismarck de concebir simultáneamente: los seguros de accidente de trabajo (Ley de 6 de julio de 1884), de enfermedad (Ley de 15 de junio de 1883) y de invalidez-vejez (Ley de 22 de junio de 1889), fue ya referida en el mensaje imperial que el 17 de noviembre de 1881 el Canciller de Hierro defendió en el Reichstag, fecha esencial en la historia de la Seguridad Social.

[4] ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas 18ª edición, 2002, pág. 53.

[5] MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidentes de Trabajo (Dimensión preventiva y reparadora), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y RIVAS VALLEJO, P (DIRECTORES), GARCÍA VALVERDE, M.D (COORDINADORA): *Tratado de Salud Laboral I. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2012, págs 79 a 96. En esta línea, HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, E, MIRANDA RIVAS, F, VIVANCO BUSTOS, M.C, GÓMEZ CAMPOY, F y GIL SUÁREZ, L: *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales incapacidad temporal por contingencias comunes gestión. Prestaciones Procedimiento y Jurisprudencia*, Madrid, Colex, 3ºedición, 2000, pág. 87.

[6] "… la comprensión de lo real está sustentada por el acontecer histórico que penetra al sujeto que comprende y al discurso lingüístico que utiliza", ver MONEREO PÉREZ, J.L: "Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho", *Revista de Derecho Social*, nº 37, 2007, pág. 16.

[7] MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª.N (DIRECTORES): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, pág. 72.

[8] ROMERO RÓDENAS, Mª.J: "Suicidio de un trabajador ocasionado por la existencia de conflictividad laboral, iniciado con el ejercicio del derecho de huelga: accidente de trabajo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9 de 2012, pág. 1 en su versión digital.

Especial mención requiere el precepto que objetivaba la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios que con motivo del trabajo por cuenta ajena sufrieran sus trabajadores: "El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente" (art. 2 de la LAT). De acuerdo con tal previsión, el empresario quedaba sujeto incluso antes que a la obligación de aseguramiento, a la obligación de resarcir los daños derivados del accidente "*cuius commoda e ius et incommoda*" que pudiesen sufrir sus trabajadores[9]. Este mecanismo de aseguramiento asumía una dimensión social sólo en la medida en que atendía también los accidentes no debidos a culpa del empleador (fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia no temeraria del trabajador) y, de los cuales no habría debido responder según las reglas previstas por el Derecho Común[10].

Tras una larga evolución y ampliación del concepto de accidente de trabajo, la actual definición continua siendo casi exactamente la misma que mantenía la LAT de 1900, con la salvedad de que se ha sustituido la palabra "operario" por la de "trabajador", de significado legal más amplio. Ahora bien, el régimen de protección social del accidente ha prosperado hacia un sistema de imputación de la responsabilidad objetiva gestionado por el moderno y público Sistema de Seguridad Social (para todas aquellas "situaciones de necesidad")[11], sin olvidar la intervención que, en este campo, asumen las actuales Mutuas Colaboradora con la Seguridad Social.

2.1. Redefiniendo el concepto de accidente de trabajo: la evolución jurisprudencial de la presunción de laboralidad

La actual LGSS define a las contingencias profesionales en sus artículos 156 y 157 al referirse al accidente de trabajo[12] y a las enfermedades profesionales. Así pues, tendrá la consideración de accidente de trabajo: "...toda lesión corporal que el trabajador sufra con

[9] MERCADER UGUINA, J.R: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Madrid, La Ley, 2001, pág. 85.

[10] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo", VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, Mª A: *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009, pág. 822.

[11] MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª.N (DIRECT): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, pág. 822; VV.AA: Tratado de Derecho de la Seguridad Social, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA, Á.L. (Coords.), Murcia, Ed. Laborum, 2017, Tomo I, Parte V, págs. 489 y sigs.

[12] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica), Barcelona, edit. Atelier, 2007, pág. 86: "El concepto de accidente de trabajo dista mucho de ser unitario en el plano comparado. No obstante, las reformas legislativas y la actuación judicial han aproximado sensiblemente los criterios que deben concurrir para definir jurídicamente la contingencia asegurada, estableciendo sus elementos esenciales. Tales elementos son el tipo de alteración de la salud o de la integridad psicofísica que produce un deterioro o aniquilación del organismo humano –de los que se deriva la incapacidad laboral, la necesidad de asistencia o la pérdida de renta para los supervivientes– y la relación entre la causa de esta alteración y la actividad laboral de la persona asegurada".

ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena" (art. 156.1 LGSS)[13]. Tres son las notas esenciales que configuran este concepto. De un lado, la lesión corporal, entendida como tal cualquier alteración de la integridad física o psíquica del trabajador resultado de una acción de carácter súbito, externo, violento y ajeno a la intencionalidad del sujeto que la sufre (de acuerdo con la definición de "accidente" que ofrece el art. 100 de la Ley 50/1980 para el contrato de seguro)[14]. Hoy en día, el concepto de lesión es omnicomprensivo de cualquier alteración de la salud, ya sea física, psíquica o psicosomática (un corte, infarto, derrame cerebral, lumbalgia, depresión… etcétera). De otro, el carácter de ajenidad del trabajador que realiza la actividad profesional. Y, finalmente, debe existir una relación causal entre el trabajo y la lesión que sufre el trabajador[15]. En efecto, el accidente debe producirse "con ocasión o por consecuencia" del trabajo que se realice por cuenta ajena (art. 156.1 LGSS)[16].

[13] "Se configura así el accidente laboral a través de tres elementos: lesión, trabajo por cuenta ajena y relación entre lesión y trabajo, elementos generosamente integrados desde antiguo por la jurisprudencia por el Tribunal Supremo y la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, en aras a la máxima protección del trabajador.
Así, el concepto de lesión, que sugiere la idea de acción o irrupción súbita o violenta de agente exterior –o, en la definición de accidente del art. 100 de la Ley de 8 de octubre de 1980 sobre Contrato de Seguro, "lesión corporal que proceda de una causa fortuita espontánea exterior y violenta, independiente de la voluntad de asegurado"–, fue ampliado desde la importante sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1903, iniciadora de línea doctrinal consolidada, a las lesiones de evolución insidiosa o lenta, y tanto a la herida manifestada externamente como a la dolencia sin manifestación externa notoria y al trastorno fisiológico y funcional.
Igualmente el elemento objetivo del trabajo vio ampliado su ámbito de aplicación, por lo que concierne a la calificación laboral de accidente, mediante las figuras del accidente de trabajo "in itinere" y el accidente de trabajo "en misión".
Por su parte, el nexo causal entre los otros dos elementos, expresados en la frase "con ocasión o por consecuencia", continúa siendo una exigencia ineludible para la calificación como laboral del accidente, marcando con claridad que la responsabilidad por éste deriva del riesgo profesional. Sin embargo, tradicionalmente la exigencia resulta debilitada en un doble aspecto; el primero debido a la "ocasionalidad" que proporciona al concepto de accidente de trabajo una gran fuerza expansiva, y el segundo por la presunción legal "iuris tantum" de la existencia de tal nexo cuando las lesiones las sufra el trabajo durante el tiempo y en el lugar de trabajo.
En definitiva, el artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social define en su número 1 el accidente de trabajo, entendido por tal "toda lesión que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena", de manera que si la lesión no aparece vinculada a la "ocasión" o la "consecuencia" laboral no existe accidente de trabajo, salvo que concurran determinadas circunstancias que el propio artículo (en su número 2) declara por vía ampliatoria como generadoras del accidente de trabajo, o que éste se presume, salvo prueba en contrario, por el hecho de haberse producido la lesión "durante el tiempo y en el lugar de trabajo" (letra 3 del artículo 156 de la LGSS), excluyendo, en todo caso, de tal calificación, a los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, o a dolo a imprudencia profesional del trabajador o la concurrencia de determinados supuestos de culpabilidad civil o criminal del empresario, compañeros de trabajo o a un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo" (STSJ de La Rioja, 6 de octubre de 2005 (Nº de Recurso: 183/2005).

[14] A raíz de la Ley de 1900 de Accidentes de Trabajo se suscitó la duda de si la enfermedad quedaba dentro o no del concepto de accidente de trabajo, cuestión que quedó finalmente aclarada con la STS de 17 de junio de 1903, al considerar que el concepto de accidente incluía también la enfermedad profesional. Cfr. HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, E, MIRANDA RIVAS, F, VIVANCO BUSTOS, M.C, GÓMEZ CAMPOY, F y GIL SUÁREZ, L: *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales incapacidad temporal por contingencias comunes gestión. Prestaciones Procedimiento y Jurisprudencia…* op.cit., pág. 87.

[15] "Una lesión, concepto que ha sido interpretado tradicionalmente de una forma amplia, abarcando no sólo las lesiones producidas por un agente externo sino también las debidas a causas internas; de esta manera se han podido incluir en el concepto de accidente de trabajo las lesiones derivadas de ciertas enfermedades (enfermedades comunes cuya causa determinante la constituye el trabajo, las enfermedades intercurrentes sufridas durante el proceso patológico derivado el accidente y las enfermedades o defectos preexistentes que resulten agravados por el accidente" STSJ Islas Canarias (Las Palmas), 11 de diciembre de 2006 (Nº de Recurso: 1707/2003).

[16] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 2018, págs. 203 y 204.

Una características de los riesgos[17] profesionales está en su doble relación de causalidad con el trabajo: a) inicial, en tanto su origen está o es consecuencia del trabajo por cuenta ajena; b) de resultado, en cuanto por consecuencia de su actualización el accidentado está imposibilitado temporal o definitivamente para la posterior realización del trabajo por cuenta ajena. Es obvio que la diferencia con los riesgos comunes está en el origen y la característica común en el resultado[18].

El art. 156.2 de la LGSS establece que: "Tendrán la consideración de accidente de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo; b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos; c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de la órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa; d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo; e) Las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo; f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente y g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tenga su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación".

Los últimos apartados del art. 156.2 (letras e), f) y g) se refieren a las denominadas "enfermedades de trabajo", esto es, un tipo específico dentro de la enfermedad como contingencia determinante en el Sistema de Seguridad Social, pero que tiene la consideración asimilada al accidente de trabajo. En este sentido la LGSS distingue entre la enfermedad que tiene la consideración como de accidente de trabajo (art. 156. 2 e) LGSS) y las enfermedad profesional (art. 157 LGSS).

[17] DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y estudio preliminar a cargo de José Vida Soria, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, págs. 58-59. Para el cual el contenido originario del concepto de Riesgo Social puede definirse con precisión. Hacía referencia a todos los riesgos que podían obligar a un trabajador a cesar en su trabajo, temporal o definitivamente. Se trataba, pues, por una parte, de riesgos fisiológicos comunes a todas las personas (la enfermedad, la invalidez, la vejez, la muerte) y, por otra parte, ciertos riesgos que provenían de la actividad profesional (el paro, el accidente de trabajo, la enfermedad profesional). Del mismo modo que esa legislación protegía al trabajadoro antes de su ingreso en la vida laboral, a través de reglas sobre el aprendizaje del oficio o la formación del contrato de trabajo; del mismo modo que lo defendía, en el curso de su vida laboral, por medio de disposiciones sobre la duración de la jornada, o sobre la salud en el trabajo, esa legislación lo defendía igualmente contra los riesgos que pudieran forzarlo a abandonar su trabajo. Para una perspectiva histórico-jurídica de los fundamentos doctrinales de la construcción de la teoría del riesgo social, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007, espec., págs. 21 y sigs.; *Ibid.*, "Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo", en VV.AA: *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Rojas Rivero, G. (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2012, págs. 203-328.

[18] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso*… op.cit., pág. 88.

La distinción básica entre ambas radica en que mientras que para la enfermedad de trabajo existe una relación de causalidad abierta entre el trabajo y la enfermedad, en la enfermedad profesional la relación de causalidad está cerrada y formalizada[19]. En este último sentido, se considera que son enfermedades profesionales: "las contraídas a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe" en desarrollo de la Ley (LGSS) "y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad (art. 157 LGSS)[20]". Los tres elementos esenciales de esta definición son exactamente los mismos que para el accidente de trabajo.

El legislador adopta, en este ámbito, una fórmula comparativa o sincrética para referirse a las "enfermedades de trabajo", por lo que al término todo se reconduce al concepto de accidente de trabajo *ex*. art. 156.2 e) LGSS, en caso de que se haya contraído por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo y siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa determinante la ejecución del mismo. En otras palabras, la técnica es de enumeración, pero con algún margen ampliatorio para la "enfermedad profesional".

A diferencia de lo que ocurre para el caso de la "enfermedad de trabajo", el hecho de que el ordenamiento iuslaboralista adopte esta técnica de delimitación formal y previa de calificación de las enfermedades profesionales ofrece ventajas[21]. Así es, de esta manera, se eliminan o reducen los problemas de prueba, resultando útil a efectos de prevención. Por lo que, al término, se aporta seguridad jurídica tanto para el trabajador como para el empresario y para las entidades relacionadas con esta materia. Y es que una vez acreditada la realización de un trabajo en una de las actividades listadas y la aparición del proceso patológico como consecuencia de aquella, la calificación de enfermedad profesional que resulte gozará de una presunción de legalidad "iure et de iure". Por el contrario, cuando la enfermedad contraída como consecuencia del trabajo no esté recogida en el cuadro de enfermedades profesionales será necesaria la acreditación de esa relación de causalidad entre lesión y trabajo. Para este caso, exista ya una jurisprudencia perfectamente asentada en la materia, que provee al

[19] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social* op.cit., págs.204 y 205.

[20] "El cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social se contempla en el RD 1995/1978, de 12 de mayo (BOE, 25 de agosto). A este cuadro se le había tachado de obsolescencia, repárese que el número de enfermedades profesionales reconocido por los expertos es creciente (o sea, se trata de un cuadro abierto) en la medida que se utilicen o introduzcan nuevos productos químicos o el trabajador se exponga a nuevos tipos de agentes físicos presentes en los procesos productivos y resulte patente el origen industrial específico de ciertas enfermedades" (STSJ País Vasco 13 de abril de 1999 (Nº de Recurso: 117/1999). Ver FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso…* op.cit., pág. 127 y MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social* op.cit., págs. 207.

[21] Son cada vez más frecuentes a día de hoy los "sistemas mixtos", en donde se opera con una lista como referencia, pero al mismo tiempo se le da la oportunidad a la víctima de ofrecer pruebas (más difíciles) del hecho de que enfermedad (no incluida en la lista) ha sido causada realmente por la exposición a condiciones de trabajo que son dañinas para la salud. Para este caso, los legisladores ya han establecido ciertas reglas especiales acerca de cómo demostrar la existencia de una enfermedad laboral. Ver en este sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso…* op.cit., pág. 129.

empleado de ciertas reglas especiales para la prueba de la existencia de una enfermedad laboral con más facilidad[22].

Los tres supuestos de enfermedad de trabajo del art. 156.2. e), f) y g) de la LGSS exigen una relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo o entre la enfermedad y el accidente de trabajo. El primer supuesto se refiere a la enfermedad contraída por el trabajador con ocasión del trabajo, exigiendo una relación de causalidad directa[23], esto es, cuando el accidente se produce "por consecuencia del trabajo", derivada de una pluralidad de los agentes lesivos o factores inherentes o específicos del trabajo. Además, adviértase que la lesión se produce durante el tiempo y lugar de trabajo, operando así la presunción de "iuris tantum" de laboralidad del siniestro (art. 156. 3 LGSS), pudiéndose desvirtuar, en términos de principio lógico-jurídico, el hecho presunto realizando la prueba en su contra (por contraposición a la presunción "*iuris et de iure*" que no admite prueba en contrario).

Por el contrario, los dos siguientes supuestos –del art. 156.2 LGSS, concretamente las letras f) y g)– se refieren a una relación de causalidad indirecta entre enfermedad y accidente de trabajo, esto es, "con ocasión del trabajo", cuando el trabajo en sí no es causa directa del accidente, sin embargo, sin el concurso del mismo la lesión no se hubiera producido o hubiera presentado una gravedad menor (STS 30 de septiembre de 1986 (Número de recurso 1.625). En este segundo tipo de causas pueden influir factores no intrínsecamente laborales que concurren o son concausa con los laborales. Esta amplia relación de causalidad ha permitido incluir en el accidente de trabajo acontecimientos debidos a fuerza mayor o los derivados de dolo grave o debidos a factores humanos como la imprudencia temeraria del trabajador[24] o los actos de tercero (art. 156.4 a) y b) LGSS). En cualquier caso, siempre se exige la existencia de alguna relación causal con el trabajo, sea más o menos directa[25].

El art. 156. 5 letras a) y b), por último, recoge dos situaciones que podrían resultar de aplicación e interpretación contradictora: "No impedirá la calificación de un accidente como de trabajo: a) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira; b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo".

El primer supuesto se refiere a la imprudencia profesional que, siguiendo lo que establece la jurisprudencia, no siempre resulta fácil de diferenciar respecto de la imprudencia

[22] PIETERS, D: "*El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea*", en VV.AA., GONZALO, B; NOGUEIRA, M (Dirs y coords.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, Fraternidad-MUPRESAPA y UNED, 2000, págs. 189-204.

[23] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social* op.cit., págs. 205.

[24] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social* op.cit., págs.206: "El supuesto de imprudencia temeraria también supone una conducta voluntaria y consciente del trabajador accidentado de asunción anormal de un riesgo en cuanto entraña peligro cierto y grave".

[25] FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social*… op.cit., pág. 101. De esta forma, se ha incluido dentro del concepto de accidente de trabajo, actuaciones que quedan fuera de la esfera de control del empresario, expandiéndose así su concepto, "… ha sido formidable, como casos paradigmáticos de este desbordamiento objetivo, los accidente "in itinere" o las enfermedades cardiacas que normalmente no tienen su origen en la actividad profesional, pero ésta puede actuar como factor desencadenante de la crisis y entonces las mismas entran en el accidente de trabajo por la vía de la presunción ex art. 115. 3 LGSS".

temeraria (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 30 mayo 2000 (Nº de Recurso: 284/2000)[26]. El segundo supuesto tampoco impide la calificación como "accidente de trabajo", cuando el hecho que determina el mismo se hubiese producido mediante la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero del accidentado… aunque no exista nexo causal entre lesión y trabajo. Acreditada la culpa del empresario, éste responde, además de la responsabilidad adicional por culpa que alcanza hasta el pleno resarcimiento del daño (art. 168.3 LGSS), con independencia de la responsabilidad civil o penal derivada de la infracción, que el art. 164.3 LGSS declara compatible con las prestaciones de la protección de la Seguridad Social y con el recargo de las prestaciones económicas establecido[27].

A diferencia de los *rectitus* profesionales que vienen definidos positivamente en los artículos 156 y 157 de la Ley General de la Seguridad Social, los comunes carecen en sede legal de un concepto funcional estipulativo específico. Se delimitan negativamente en relación a las contingencias profesionales. En este sentido, se entiende por accidente no laboral (art. 158 LGSS) el que no tiene el carácter de accidente de trabajo conforme al art. 156 de la LGSS, siendo considerados como enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la consideración de accidente de trabajo conforme a los apartados e), f) y g) del art. 156.2 LGSS, ni de enfermedad profesional de conformidad con el art.157 de la misma Ley[28].

Esta delimitación negativa frente a las contingencias profesionales, como ya se ha señalado, ha ocasionado una gran controversia en torno al carácter profesional o no de la contingencia para el acceso a la protección privilegiada propia de los riesgos profesionales. Problemática que se extiende, incluso, al ámbito propio de la Seguridad Social complementaria[29].

Las fronteras que separan al accidente no laboral, de la enfermedad común y las contingencias de origen profesionales, se centran en la inexistencia de una conexión causal o no con el trabajo. Por lo que, desde una punto de vista práctico, ello puede resultar una labor difícil debido a la multicausalidad presente en muchas patologías o el largo plazo de tiempo para el desarrollo de patologías derivadas del ambiente o la actividad laboral, aunque conceptualmente la operación pueda ser bien clara (falta de relación causal directa o indirecta en la actividad laboral).

---

[26] Ver la sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de mayo del 2000 (Nº de Recurso: 284/2000*):* "… se entiende como temeraria la imprudencia en que ha incidido el operario cuando en su actuar está poniendo de manifiesto que, consciente de la situación en que se encuentra, acepta, por su sola voluntad, la realización de un acto arriesgado e innecesario para su actividad laboral y que lleva a cabo con menosprecio de cualquier cuidado que le aconsejase su evitación; por el contrario, será conducta imprudente profesional, aquella en que se incide cuando el trabajador, ante la inminencia del riesgo que acompaña a su actuación, se cree capaz de superarlo con la propia capacidad y habilidad personal, o no le ha prestado la debida atención, por hallarse atenuada su voluntad, y en su caso sus movimientos reflejos, por la repetición del mismo acto, la facilidad en que en otras ocasiones lo ha superado felizmente, o porque confiaba en su suerte que le permitiría superarlo sin daño personal…".

[27] MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social* op.cit., pág. 206.

[28] VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, Mª. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo I. Arts. 1 a 127*, Granada, Comares, 1999, pág. 1124.

[29] VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, Mª. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo I. Arts. 1 a 127*… op.cit., pág. 1124.

Sin embargo, la noción de accidente no laboral y de enfermedad común presentan relaciones mucho más complejas que van más allá de lo hasta ahora expuesto. A efectos de Seguridad Social, el concepto de "accidente" es muy amplio y no necesariamente se opone a la noción médica de enfermedad. Accidente es lo que se produce de forma fortuita y también lo que actúa de forma súbita o violenta con cierta exterioridad. Ahora bien, también es posible que una enfermedad sea accidental en el sentido de tener un origen súbito y, a su vez, la acción violenta del accidente pueda producir una enfermedad.

Esta regulación ambigua hace, a veces, muy difícil establecer una frontera clara entre ambas figuras. De ahí, cabe explicar, la enorme litigiosidad jurisprudencial y doctrinal.

Un punto de referencia podría ser la definición del art. 100 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, a saber: "Sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato, se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte". De acuerdo con esta disposición, la enfermedad –que, por cierto, no aparece definida en el art. 105 de la misma Ley– constituye una perturbación del estado de salud que se traduce en una situación anormal en el cuerpo o del espíritu, sin que haya intervenido una causa violenta. En este sentido, tan sólo la acción violenta exterior en el marco de una acaecer fortuito podría marcar la diferencia entre accidente y enfermedad, aunque llevando al campo del accidente las enfermedades que se producen por causa exterior violenta. La característica de que la acción de la enfermedad sea lenta y progresiva es más discutible, como elemento de diferenciación, pues en muchas enfermedades comunes típicas de carácter no traumático, la alteración de la salud se produce de forma súbita, por lo que si ésta acaece en tiempo y lugar de trabajo se beneficiará, además, de la presunción de laboralidad del apartado 3 del art. 156 de la LGSS[30].

La enorme casuística que acontece al accidente de trabajo ha llevado a que en sede jurisdiccional se hayan planteado problemas de delimitación entre el accidente no laboral y la enfermedad común, ya que la protección dispensada a las contingencias comunes no es homogénea. A este respecto, la calificación que ofrecen los tribunales es diversa, siendo muy fina la línea o los matices que sustentan la diferencia entre un accidente de trabajo y un accidente no laboral. Por esta razón, no resulta tan extraño encontrar divergencias en los pronunciamientos de los tribunales.

2.2. La negativa jurisprudencial al reconocimiento de la presunción de laboralidad en los casos de desprendimiento de retina: salud laboral *versus* Seguridad Social

De acuerdo con lo previsto por el apartado 3 del art.156 de la LGSS: "Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo". Una de las cuestiones más litigiosas que se plantean en este punto es la relación directa o indiciaria entre el trabajo y el traumatismo, por lo que cabe preguntarse ¿se activará automáticamente el juego de presunción de laboralidad cuando el desprendimiento de retina ocurre en el lugar de trabajo?

[30] VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, Mª. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo I. Arts. 1 a 127*… op.cit., págs. 1124-1125. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo"… op.cit., pág. 861.

o, por el contrario, ¿se hace depender tal calificación de los informes médico que demuestren la existencia de una conexión causal entre el trabajo y el desprendimiento de retina?

Durante mucho tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo[31] ha venido reiterando que por accidente no sólo hay se ha de entender la acción súbita o violenta de un agente exterior, sino también determinadas enfermedades cuando se dan mediante manifestación ostensible, siempre y cuando exista en su producción una relación de causalidad[32].

Ahora bien, se requiere además que el accidente o la enfermedad se produzcan en acto de servicio o como consecuencia del mismo. Por lo que, conforme a lo que prevé la LGSS, se introduce un requisito objetivo y alternativo consistente en que el mismo suceda, inopinadamente, según el previsible y normal curso de los actos específicos propios de una profesión (accidente); o que el hecho dañoso sea debido a un concreto riesgo característico y dominante que por sí y nada más que por ejercer aquella actividad, su práctica está abocada a sufrir el daño (consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado).

En esta misma línea ha venido defendiendo el Alto Tribunal que: "Otra cosa son los configurados por derivación o por presunción como accidentes, que son característicos de la evolución de la institución en las normas de la Seguridad Social, lo que sin embargo no ha tenido efecto en el ordenamiento de Clases Pasivas, como sucede con el accidente ocurrido en lugar y horario de trabajo, pero sin relación acreditada con el desempeño de funciones, cual podría ser el caso del infarto, ni tampoco el accidente "in itinere", basado en la presunción legal de haber acaecido en el tiempo y lugar de trabajo, si bien la Ley 14/2000, como antes se dijo, introdujo la presunción de acto de servicio, salvo prueba en contrario, cuando la incapacidad permanente o el fallecimiento del funcionario hayan acaecido en el lugar y tiempo de trabajo".

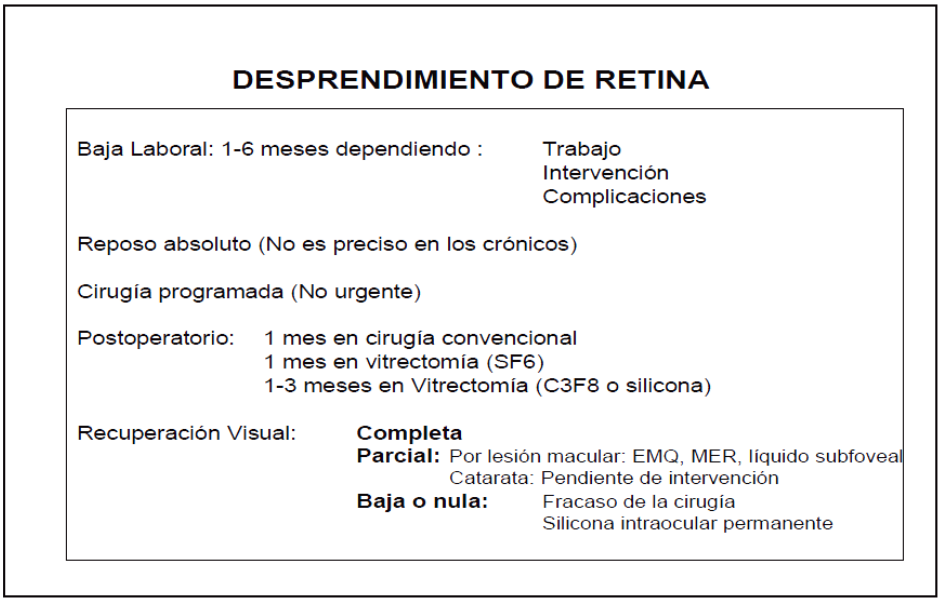
Desgraciadamente, en los casos de desprendimiento de retina cobra una enorme importancia el dictamen emitido por los servicios técnicos de la Administración sanitaria, dada la garantía que ofrecen sus conocimientos científicos y la objetividad de su nombramiento. Por lo que se olvida aquí el entorno laboral en el que se mueve el trabajador.

En este sentido, la valoración de la incapacidad temporal a causa del desprendimiento de retina del trabajador se hace siguiendo la tabla que publica el INSS como guía de valoración médica[33] y la cual se expone a continuación:

[31] Entre otras, las Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1987, de 4 de julio de 1988, de 6 de mayo de 1987, de 20 de julio de 2007 y de 14 de octubre de 2013.

[32] MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M: *El suicidio del trabajo y su calificación en el derecho social del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2018.

[33] https://www.amat.es/Ficheros/4452.pdf



EMQ: edema macular quístico; MER: membrana epirretiniana

Valoración de la Incapacidad Laboral:

La IT en caso de DVP es como *máximo de 4 semanas* y estará indicada sobre todo en las profesiones en las que exista riesgo de traumatismo cefálico y/o ocular y para aquéllas en las que existan movimientos de aceleración/ desaceleración cefálica bruscos.

Ahora bien, cabe recordar que la presunción de certeza de los informes técnicos administrativos no es absoluta, sino de naturaleza "iuris tantum". Por lo que a través de la prueba pericial podrá ésta quedar desvirtuada, pero para ello la prueba ha de ser practicada cumpliendo con todos los requisitos previstos en las leyes que garantizan la imparcialidad del informe pericial. No obstante, en último caso, esos informes periciales quedarán sujetos a la apreciación y sana crítica del órgano jurisdiccional ante el que se prestan, valorándose en relación con el resto de los medios de prueba existentes.

De acuerdo con la información médica existente, el desprendimiento de retina puede ser causado por traumas que se originen como consecuencia del proceso de envejecimiento, diabetes severa o trastornos inflamatorios, aunque en la mayoría de los casos el desprendimiento de retina es espontáneo. Se dice que entre los factores de riesgo se encuentran la miopía, antecedentes familiares de desprendimiento de retina, trauma y diabetes incontrolada[34].

De acuerdo con esta idea, hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2018 aquí estudiada, se daba una enorme relevancia a los informes médicos. Y es que los

[34] Véase la Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria que publica el INSS. https://www.amat.es/Ficheros/4452.pdf

mismos se erigían más en prueba irrefutable para demostrar la existencia o no de nexo o relación causal entre el trabajo con pantallas de visualización de datos y el origen de desprendimiento de retina. Por lo que, para que la IT fuese calificada como de accidente de trabajo el interesado tenía que aportar la información médica que demostrara que su patología había sido causada a consecuencia del estrés ocasionado por el exceso de trabajo y las condiciones vividas en su puesto de trabajo, pues de lo contrario el traumatismo era automáticamente calificado como de enfermedad común. Ciertamente, en la práctica resulta difícil de probar que el desprendimiento de retina trae su origen en el carácter profesional de la actividad habitual del sujeto, ya que se trata de un hecho espontáneo que no siempre se relaciona con los factores psicosociológicos que puede causar una PVD.

En este sentido, la praxis médica viene entendiendo que las causas del desprendimiento de retina pueden ser originadas por traumas, como consecuencia del proceso de envejecimiento, diabetes, trastornos inflamatorios, degeneración vítrea, hipertensión arterial alta que se debe ser controlada diariamente, antecedentes familiares o, en general, actos de carácter espontáneo.

Llama la atención el hecho de que en ninguno de los Informes médicos que se han analizados por los tribunales se aporte o haga referencia a los antecedentes personales y familiares del trabajador. Ciertamente, los antecedentes son necesarios para conocer el adecuado tratamiento, seguimiento y valoración objetiva de la incapacidad temporal[35]. De igual modo, tampoco suele constar en el acto de juicio un Informe Médico explicativo de la situación clínica anterior al desprendimiento de retina, por ejemplo: si el trabajador tenía hipertensión arterial, diabetes, enfermedades varias o si habría sufrido algún traumatismo.

Desde el punto de vista de la Seguridad y Salud en el trabajo, entiendo que a la hora de valorar el origen de una determinada enfermedad o patología de un trabajador no sólo se ha de tener en cuenta el ambiente de trabajo, sino también la carga genética. Ambos son dos factores igualmente importante y que no deben contemplarse aisladamente. Así pues, el hecho de que una persona tenga una disposición para una enfermedad no significa que vaya a desarrollarla a lo largo de su vida, como tampoco es cierto que un trabajador sin disposición genética (en principio) no vaya a padecer dicha enfermedad. En la práctica, perfectamente, pueden darse sendos supuestos. Evidentemente, influyen aquí factores externos como: la alimentación, el estrés, la exposición a distintos agentes (químicos, físicos, biológicos), costumbres y hábitos precisos. Por lo que, en general, todos los elementos e interacciones de una persona con un ámbito determinado como es el laboral se han de valorar a la hora de determinar el tipo de contingencia que causa una concreta incapacidad laboral. Así pues, hay estudios científicos que demuestran una correlación positiva entre el desprendimiento de retina y la emisión de las pantallas de visualización de datos. En otras palabras, la exposición continuada a un ordenador promueve o facilita que se produzca el desprendimiento de retina, al margen de la disposición genética del individuo (aspecto que también puede influir). Y ello es porque en ciencias médica no hay términos absolutos o genéricos, sino que habrá de basarse en las características del individuo y el entorno de trabajo (tal y como indica la normativa de prevención de riesgos laborales)[36].

[35] LÓPEZ INSUA, B.M: *La incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.
[36] LÓPEZ INSUA, B.M: *La incapacidad temporal en el Sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

Ciertamente, la vista constituye un elemento primordial para el desempeño de la actividad habitual de la trabajadora accidentada, esto es, la de administrativa para la intervención delegada de la Seguridad Social. Es por ello que no se pueda obviar ese dato, puesto que esta actividad requiere ineludiblemente el uso de la visión para poder trabajar delante de la PVD[37]. En efecto, desde la misma normativa de Prevención de riesgos laborales (y más concretamente, a través de las técnicas en psicosociología y ergonomía) es conocido, como entre los riesgos más frecuentes en este tipo de profesiones sedentarias que requieren el uso constante del ordenador, la fatiga visual, "síndrome del ordenador" o, más ampliamente denominado, "síndrome de las pantallas de visualización". La fatiga visual no es una enfermedad, sino un síntoma que puede propiciar la posterior aparición del desprendimiento de retina a causa del uso prolongado de las pantallas de visualización de datos. De ahí que se recomiende: 1) pausar cada 1 o 2 horas el uso del ordenador. Basta con 5 minutos de descanso, pero para ello habrá de apartarse la mirada completamente de la pantalla del ordenador. De modo que el músculo del ojo se relaja para que no esté tantas horas fijo en la misma posición. Además, con estas pausas el ojo del trabajador parpadea más, evitando así la sequedad del ojo; 2) es preciosa utilizar una resolución de pantalla adecuada; y finalmente, 3) hay que colocar el monitor en la posición adecuada. Ni muy cerca –para no tener que acomodar demasiado (y que no nos fatigue tanto la fuente de luz)–, ni muy lejos de los ojos –lo que supondría forzar la vista–. Por supuesto, se debe tener en cuenta también la iluminación y que el monitor esté a unos 50-60 centímetros, ya que cuanto más cerca esté la pantalla del ordenador la radiación luminosa será más perjudicial para el ojo humano. En cuanto a altura de la pantalla, se aconseja que esté por debajo de los ojos.

3. CAMBIO DE RUMBO EN LA DOCTRINA JUDICIAL: EL DESPRENDIMIENTO DE RETINA COMO ACCIDENTE LABORAL TRAS LA STS DE 21 DE JULIO DE 2018

La cuestión a dirimir en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 661/2018 de 21 de junio (Sala de lo Social, sección 1ª) es precisamente la de si la incapacidad temporal que sufre la trabajadora con motivo del desprendimiento de retina que se produce, de forma súbita, mientras trabajaba frente a la PVD ha de ser considerada como derivada de accidente de trabajo.

Se recuerda que la trabajadora, ahora recurrente, venía prestando su actividad laboral como administrativa para la Intervención Delegada de la Seguridad Social. Un determinado día, cuando estaba delante del ordenador en su puesto de trabajo, sintió molestias en los ojos y alteraciones visuales por lo que se fue a urgencias y allí se le diagnosticó un desprendimiento de retina. Ese mismo día inició un proceso de incapacidad temporal cuya contingencia pretende que se declare accidente de trabajo, en contra de lo resuelto por el INSS que lo declaró derivado de enfermedad común.

Disconforme la afectada con el no reconocimiento como laboral del daño sufrido, cursó demanda ante el Juzgado de lo Social número 3 de Ourense, el cual le dio la razón al calificar su incapacidad como derivada de accidente de trabajo. Por contra, el INSS y la

[37] A este respecto el empresario no puede prever si se va a producir o no el desprendimiento de retina, pero si puede y debe adoptar medidas que eviten que se produzcan o den las condiciones que faciliten este fatal traumatismo.

Tesorería General de la Seguridad Social recurrieron esta sentencia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, quien declaró –a fecha de 29 de junio de 2016 (recurso 2715/2015)– que la incapacidad era derivaba de enfermedad común. Afirma este tribunal en su sentencia que no procede aplicar la presunción de laboralidad que prevé el artículo 156.3 de la LGSS, pues no queda acreditado que la causa del desprendimiento fuese un traumatismo. De igual modo, tampoco constan datos de los que quepa deducir una relación de causalidad entre la lesión y el trabajo, pues de la literatura médica cabe concluir que no se considera el trabajo frente a pantallas de ordenador como causa de desprendimiento de retina.

Ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en recurso de casación para la unificación de la doctrina, la recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso 146/2004. "En tal sentencia consta que la trabajadora, auxiliar de enfermería, había sufrido un desprendimiento de vítreo y retina cuando estaba trabajando sentada tras un mostrador y frente a la pantalla de un ordenador. El EVI declaró la contingencia de accidente de trabajo. La sentencia de contraste desestima el recurso interpuesto por la mutua, aplicando la presunción del art. 115.3 LGSS, y no considerándola destruida ya que el informe pericial de una oftalmóloga indicando un antecedente de dos hemorragias no tiene mayor entidad que el dictamen del EVI"[38].

Entiende el Supremo que existe una identidad fáctica entre los hechos que alega la trabajadora y los que concurren en la sentencia de contraste, por lo que entra finalmente a estudiar los hechos a fin de determinar el origen de la contingencia. De manera resumida, el Tribunal Supremo arroja los siguientes criterios estimatorios de la demanda y, por lo tanto, de la presunción de laboralidad[39] que inicialmente aplica la sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Orense de 12 de marzo de 2015:

- "Ha de calificarse como accidente de trabajo aquel en el que, de alguna manera, concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación. Debe otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y el hecho dañoso".

- "Para destruir la presunción de laboralidad a que se refiere el Artículo 156.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (según la cual "Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo"), es necesario que la falta de relación entre la lesión y el trabajo se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de una patología que, por su propia naturaleza, excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan dicho nexo causal".

[38] Véase Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia del Tribunal Supremo. 661/2018 de 21 de junio (Sala de lo Social, sección 1ª).

[39] Ver Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo. 661/2018 de 21 de junio (Sala de lo Social, sección 1ª).

— "La presunción de laboralidad entra en juego cuando concurren las dos condiciones: tiempo y lugar de trabajo. Es decir, si la parte afectada prueba el hecho básico de que la lesión se produjo en el tiempo y el lugar de trabajo, existe presunción de laboralidad del resultado lesivo materializado. Ello a su vez determina que a la parte que niega la existencia de accidente de trabajo le incumba probar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo".

— "En el caso en cuestión, el desprendimiento de retina materializado fue una lesión súbita que ocurrió en tiempo y lugar de trabajo, lo que conduce necesariamente a aplicar la presunción de laboralidad, en cuya virtud se presume que se trata de un accidente de trabajo. Más aún si se tiene en cuenta que no cabe excluir el factor trabajo en el desencadenamiento de patologías oculares, en concreto, el desprendimiento de retina, sin perjuicio de que, estadísticamente, existan otras causas productoras más frecuentes".

— "Establecida la presunción de laboralidad, corresponde a quien pretende destruirla acreditar la falta de conexión causal entre trabajo y lesión. Esta acreditación no se realizó por el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, habida cuenta de que no puede considerarse como tal el argumento de que no existen casos en la literatura médica que conecten trabajo ante pantallas de ordenador con desprendimiento de retina. Esto es así por dos motivos: en primer lugar, porque, aunque la tarea realizada cuando se produjo el fatal evento se producía ante una pantalla, la presunción legal se refiere al tiempo y lugar de trabajo y no a los instrumentos de los mismos; en segundo lugar, porque la destrucción de la presunción hubiera exigido la acreditación de una radical incompatibilidad entre el trabajo y la lesión, circunstancia que en este caso no se produjo".

En definitiva, la presunción de laboralidad ("en lugar y tiempo de trabajo") que esboza el apartado 3 del artículo 156 de la LGSS requiere, necesariamente, que la parte contraria pruebe la ruptura del nexo causal entre el trabajo y el desprendimiento de retina[40].

[40] Cabe citar el artículo que se publica online por CABEZA PEREIRO, J y FERNÁNDEZ PROL, F: "Presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos en el lugar y tiempo de trabajo (art. 115.3 Lgss)", *Revista V/Lex*, págs. 165-188. Indican estos autores lo que sigue: "... en el orden procesal, las consecuencias son claras: de ordinario, las reglas de distribución de la carga de la prueba obligan a quien plantea una acción a demostrar los hechos de los que ha de deducirse el derecho a la pretensión ejercitada e imponen, asimismo, la prueba de las excepciones a la parte que las oponga. Esto es, "corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda" e "incumbe al demandado (...) la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos [alegados por el demandante]" (artículo 217, apartados 2 y 3 LEC). Tal distribución, como se ha adelantado, resulta precisamente alterada por la presunción legal: pues, en virtud de ésta, quien se ve favorecido por la presunción queda exento de la prueba del hecho presunto –en este caso, de la existencia de vínculo causal entre trabajo y lesión–, bastando con que "la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba" (artículo 385.1, párrafo 2º); y, en cambio, quien se opone al citado hecho presunto debe proceder a su destrucción mediante prueba en contrario. Así, mientras la parte favorecida por la presunción legal –el trabajador o sus causahabientes– gozan de una "situación procesal privilegiada"[11]o "estatus procesal de primacía", la parte cuya postura procesal es contraria a lo presumido –responsables de la prestación (empresa o entidades subrogadas)– debe soportar la carga de probar en contrario, que, como se verá, "podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de

(...)

Aspecto que no ha quedado acreditado por el INSS y la TGSS, de ahí que no se haya conseguido enervar la presunción legal. A este respecto, tampoco cabe considerarse como determinante el argumento de que no existen "... casos en la literatura médica que conecten trabajo ante pantallas de ordenador con desprendimiento de retina", pues como bien se ha expuesto antes, la carga genética y el ambiente de trabajo constituyen elementos determinantes en este tipo de patologías. Como bien señala el Alto Tribunal, para demostrar la falta de aplicación de la presunción del artículo 156.3 de la LGSS debería haberse acreditado una "radical incompatibilidad" entre el trabajo y la lesión. Por tal motivo, el TS revoca finalmente la resolución de suplicación, confirmando la declaración de contingencia laboral.

Todo ello lleva a concluir que la determinación como laboral de una lesión que aparece en el centro de trabajo se produce por voluntad legal, admitiéndose prueba en contrario. Dicha prueba ha de ser altamente y suficientemente convincente como para que el juzgador pueda dejar de aplicar la presunción establecida en la norma. Se trata éste de un tema que no plantearía discusión si, por vía legal, ante una determinada situación de necesidad no se distinguiera en función del origen de la contingencia. Por todo ello, la presente sentencia se erige como un relevante precedente jurídico a fin traer a consideración, de cara a un futuro, para que antes casos similares se siga la misma doctrina protectora del trabajador.

4. CONCLUSIONES: VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA

El reconocimiento del desprendimiento de retina como contingencia profesional ha suscitado una enorme controversia judicial, pues el carácter espontáneo y su falta de consideración como derivado del estrés que causa el uso habitual de las PVD rompen, en principio, su conexión propia con el trabajo. La dificultad para constatar la mayor o menor relación con el ámbito laboral ha constituido el principal escollo con el que se han encontrado los tribunales, a lo cual hay que sumar su falta de consideración/reconocimiento o conexión con el trabajo por parte de la literatura médica.

Ciertamente, el artículo 156 de la LGSS (antiguo art. 115) está inmerso de una enorme casuística. Se trata de un artículo muy modificado a nivel jurisprudencial, pues de su carácter de "*numerus apertus*", así como de su constante evolución social, cabe explicar la aparición de nuevos elementos que rompen con los tradicionales que recoge el propio precepto de la LGSS. De ahí que, entren a considerarse hoy en día otros elementos que amplían el ámbito o campo protector que se dispone por este artículo. No obstante a lo anterior, cabe subrayar la necesidad de examinar exhaustivamente, por parte de los tribunales, cada uno de los supuestos que se presenten, teniendo en cuenta las múltiples circunstancias que provocan este traumatismo.

---

que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción" (artículo 385.2 LEC)[1]. Desde una perspectiva procesal, pues, la presunción legal examinada determina una inversión del *onus probandi* que viene a recaer sobre quien niegue la relación de causalidad entre trabajo y accidente y por consiguiente el carácter profesional de la contingencia".
https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/presuncion-laboralidad-acaecidos-lgss-312869354

Desgraciadamente, uno de los temas que se plantean actualmente es el relativo al modelo de relaciones laborales y la consecución o no de un derecho al trabajo decente[41]. En este sentido la falta de medidas preventivas, así como de medidas protectoras frente a los distintos estados de necesidad del trabajador hacen su presencia social, cada vez, con más frecuencia. Y ello es porque se busca incrementar la productividad, a costa de poner en peligro la salud de los trabajadores. De igual modo, las nuevas formas de trabajo flexible a través de las nuevas tecnologías de la información (el teletrabajo) y el trabajo a domicilio pueden poner en serio riesgo la salud del trabajador y, por ende, la misma condición de "trabajo decente".

La integración de la salud y protección de la integridad (física y psíquica) del trabajo en la gestión de las empresas resulta indispensable si lo que se busca es que los trabajadores puedan ejercer su derecho a desarrollar su trabajo en un entorno sano (trabajo decente), siendo castigado todo aquel obstáculo que lo impida. Se trata ésta de una materia que se encuentra ya recogida en la misma agenda de la Unión Europea debido al carácter problemático que, en sí, presenta la aparición de riesgos nuevos en la actividad profesional. Ello evidencia una realidad a tener en cuenta no solo de cara a la organización preventiva empresarial, sino también para la concienciación de toda la sociedad. Se debe así implantar una verdadera cultura preventiva que ponga límites a la aparición de cualquier tipo de riesgo, de forma que se propicie la protección de los trabajadores.

Otro elemento a tener en consideración dentro del mismo concepto de accidente de trabajo es en orden a las prestaciones que se generan. En concreto, el mejor o peor tratamiento que puede recibir un trabajador en situación de baja por incapacidad temporal deriva de la ruptura del principio de consideración conjunta de las contingencias[42].

En efecto, resulta clásica la atribución en el sistema de Seguridad Social, de un tratamiento diferenciado entre los riesgos provenientes del accidente de trabajo y los originados por motivos comunes (accidente no laboral o enfermedad común). Lamentablemente estas divergencias de tratamiento legislativo lejos de ser eliminadas van, por contra, aumentando con el paso del tiempo. Y ello es debido a la desconfianza que se derivan de los estados de incapacidad temporal y la deplorable situación de crisis en la que se encuentran las arcas públicas del sistema de Seguridad Social. Razón que explica esa preferencia por lo económico, antes que por el mantenimiento y mejora de la salud del trabajador en situación de IT. Muestra de las diferencias en cuanto al tratamiento desfavorable que presentan los riesgos derivados de contingencias comunes son los derivados: de la cuantía de las prestaciones por IT, el porcentaje aplicable, la fijación del "*dies a quo"* en el disfrute de la prestación temporal por causas comunes, el tratamiento que se ofrece a estos procesos tras la extinción del contrato de trabajo, la fijación de los sujetos responsables en caso de incumplimiento empresarial de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización… etcétera.

Todo ello produce importantes consecuencias en cuanto al tratamiento que se ofrece a la IT dependiendo de su origen, lo cual resulta completamente incomprensible, pues el

[41] VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, GORELLI HERNÁNDEZ, J, DE VAL TENA, A.L (DIRS) y LÓPEZ INSUA, B.M (COORD): *El Trabajo Decente*, Granada, Comares, 2018.
[42] LÓPEZ INSUA, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

resultado es en ambos supuestos el mismo, esto es, el trabajador se ve imposibilitado para desempeñar su trabajo habitual a causa de una situación de necesidad[43]. Sin embargo, en la praxis ordinaria, en caso de duda resulta preferente la calificación de una determinada contingencia como común antes que como profesional[44].

Por todo ello, el mejor tratamiento que el trabajador recibe por ser calificado un periodo de baja médica como contingencia laboral genera una litigiosidad que, por un lado, se evitaría si no existiese tal distinción. Aparte, por otro lado, una normativa más garantista permitiría calificar correctamente, en orden a las responsabilidades derivadas del daño que genera la situación de incapacidad laboral, si realmente ese daño o lesión se debe al trabajo desempeñado.

En definitiva, lo más coherente con la "lógica de la justicia social" y el "derecho a un trabajo decente" es proteger al trabajador desde el ámbito legislativo y empresarial de la prevención de riesgos laborales y de la Seguridad Social con todas sus consecuencias lógico-jurídicas para la esfera de las responsabilidades preventivas, reparadoras y sancionadoras. Evitando así las diferentes situaciones conflictivas que pudieran determinar, finalmente, la falta de protección del trabajador que sufre un accidente en "tiempo y horas de trabajo". Por parte de las empresas se habrán siempre adoptar medidas preventivas, por lo que en el momento que se percate de la aparición de un riesgo para el trabajador se deberá actuar en consecuencia a través de las distintas evaluaciones de riesgo y adopción de medidas. De cara al sistema de protección social se deberán evitar situaciones divergentes entre entidades y estados de carencia que perturben la salud del trabajador. Y es que no se olvide que el objetivo último por el que se creó el sistema de Seguridad Social no es otro que el de afrontar la protección de todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad económico-social y políticamente relevantes.

[43] LÓPEZ INSUA, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

[44] "A lo único que nos está conduciendo toda esta situación es a favorecer "el efecto llamada" hacia los estados provenientes por causas comunes. Es preferible que se califique una incapacidad temporal como accidente no laboral, antes que como accidente de trabajo. Evidentemente se benefician aquí ambas partes... De un lado el empresario, no tiene que abonar el pago de la prestación durante los primeros días, y de otro lado, el trabajador recibe el 100 por cien del subsidio desde un inicio. Y, aparte está el tema de si se han pactado o no mejoras voluntarias y, por supuesto, si se exige algún requisito para poder acceder a ellas (ejemplo: hospitalización, intervención quirúrgica… etcétera)". Ver LÓPEZ INSUA, B.M: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

Encuadramiento de socio administrador erróneo y obligación de comunicar la variación de datos a la seguridad social. Comentario a la STS (CA) núm. 1658/2018, de 25 de octubre[1]

Erroneous managing partner framework and obligation to communicate data variation to the Social Security. Comment on Supreme Court Ruling No 1658/2018 of 25 October

HENAR ÁLVAREZ CUESTA
PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

Se analiza la Sentencia del Tribunal Supremo, orden contencioso administrativo, que resuelve sobre el debido encuadramiento de un administrador y titular de participaciones en una sociedad limitada, la imputación de la responsabilidad en orden a la variación de datos en la Tesorería General de la Seguridad Social y la pertinencia de su modificación extemporánea

Palabras clave

encuadramiento, variación de datos, trabajador autónomo, administrador, retroactividad

Abstract

This is an analysis of the Supreme Court ruling (contentious administrative) which issues judgement on the proper framework of a director and shareholder of a limited company, the assignment of liability about data variation at the Social Security, and the relevance of its extemporaneous modification.

Keywords

Framework; data variation; self-employed worker; director; retroactivity

1. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA COMENTADA

Con fecha 08/01/1992 se constituye una sociedad limitada, y el recurrente es titular del 33 %. Junto con otra persona, son administradores solidarios. El 27/07/1993 pasan a ser titulares del 50 % de las participaciones, y el 21/05/1997 se convierte en administrador único.

Desde el 18/05/1994, causa alta en el Régimen General hasta el 31/12/1998 con contrato de menos de 12 horas semanales o 48 horas mensuales de 18/05/1994 a 31/12/1998. Desde el 01/01/1999, presentada el 06/04/1999, se modifica a contrato a tiempo parcial. El 02/04/2008 la sociedad limitada se incorpora al sistema RED, y la Tesorería de la Seguridad Social en esa fecha envió la vida laboral de empresa para la verificación de los datos existentes en el Sistema de Información Laboral y su posterior corrección si fuera necesario, no solicitándose variación alguna.

[1] Investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-82192-C3-1-R.

La empresa transmitió por RED la liquidación correspondiente al periodo 04/2008, haciendo constar un contrato indefinido a tiempo completo, y a partir de enero de 2009 se produce un incremento de la base de cotización superior al 50 % de las anteriores.

En marzo de 2015 solicitó el cambio de su encuadramiento del Régimen General de la Seguridad Social al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y la modificación de su tipo de contrato y jornada en la empresa desde 01/01/1999.

La Resolución de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social de 13/07/2015 confirma en alzada la Resolución de la Administración nº 28/77 de 05/05/2015, la cual, estimando en parte la solicitud del recurrente acuerda modificar el tipo de contrato pasando de tiempo parcial a tiempo completo desde 01/04/2008, declara indebida su alta en el Régimen General respecto de la empresa y procede al alta en el RETA con fecha 01/05/2015.

De conformidad con lo previsto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el orden social no es competente sobre "las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarifación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social" (art. 3), perteneciendo su conocimiento, como así ha sucedido en el *iter* judicial examinado, al orden contencioso-administrativo.

Por tal razón, contra dicha Resolución interpone recurso ante el TSJ de Madrid, que falla en Sentencia (CA) núm. 187/2016, de 22 de junio, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, confirmando las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social e imponiendo las costas procesales al recurrente.

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid.

2. ALEGACIONES DE LAS PARTES

En su demanda, el recurrente solicita la anulación de las resoluciones administrativas y la declaración de su derecho "a modificar el Fichero General de Afiliación el Tipo de Contrato por el código 100 y el cambio de C.T.P. por el de tiempo completo con efectos de 1 de Enero de 1999". Justifica además tal solicitud de cambio en que causó baja en fecha 31/12/1998 en otra actividad laboral simultánea y desde 01/01/1999 trabaja en exclusividad para la sociedad de la que es socio y administrador, aportándose a efectos acreditativos informe de vida laboral emitido por la TGSS de fecha 16/07/2014.

Por su parte, la Administración de la Seguridad Social insta la confirmación de las resoluciones recurridas argumentando que la modificación de los datos facilitados al

promoverse la afiliación o primer alta del trabajador puede efectuarse mediante solicitud expresa al efecto y dentro del plazo de los seis días siguientes a aquél en que la variación se produzca.

Los boletines de cotización por mensualidades anteriores a 2008, en donde se hacía constar la jornada completa (código 100) efectivamente desempeñada no son acusables frente a la Administración, pues su finalidad primordial es la liquidación de cotización mensual siendo a esos efectos un dato meramente accesorio el tipo de contrato, pues la referencia esencial a efectos de cotización es la base de la misma, cuya cuantía y correcta determinación no está vinculada al tipo de contrato, de manera que el boletín de cotización mensual no es un documento hábil para justificar y propiciar, en su caso, un cambio de tipo de contrato; y que no cabe la retroactividad del cambio de contrato antes de Abril de 2008 porque es entonces cuando el recurrente modifica sus trámites de comunicación con la TGSS incorporándose al Sistema RED, lo que motiva una revisión y readecuación de los datos del trabajador.

3. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El supuesto examinado por el Tribunal Supremo aborda una cuestión compleja con múltiples ramificaciones, las cuales van a ser examinadas a continuación de forma separada: efectos del alta y la variación de datos, sujetos obligados a realizar tales actos administrativos, utilización del sistema RED, cotización a tiempo parcial o completo, encuadramiento en el RETA o en el Régimen General de los administradores de sociedades y titulares de acciones, y las diferencias entre los Regímenes en cuestión.

3.1. Eficacia del alta, obligación de variación de datos y sistema RED

Una de las cuestiones que aborda la Sentencia comentada es la eficacia del alta y las ramificaciones de la obligación de la variación de datos. En el supuesto de hecho, el recurrente había estado cotizando al Régimen General por horas hasta 1998 y a tiempo parcial hasta 1999. En 2015 la Tesorería General de la Seguridad Social modifica el tipo de contrato, con efectos desde 2008, de tiempo parcial a tiempo completo, habiendo cotizado durante ese tiempo por esa condición.

Esta variación de datos solicitada y concedida forma parte, como la afiliación, altas y bajas, de los actos administrativos de "encuadramiento", que suponen la adscripción formal al sistema de Seguridad Social.

A partir de la afiliación y el alta inicial, la posibilidad de variar los datos de la adscripción al Sistema de Seguridad Social permite ir dando cuenta de la situación real de la relación y de su trasfondo profesional. Además, resultan necesarios para la formalización válida de la relación jurídica[2] y para la aplicación de técnicas contributivas de Seguridad Social, donde tienen pleno sentido y operatividad. Constituyen así "controles

[2] VAL TENA, A.L.: "Artículo 12. Obligatoriedad y alcance de la afiliación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2003, pág. 94.

administrativos" que determinan tanto la posición de los sujetos protegidos como la de los sujetos obligados a cotizar[3].

En cuanto a su eficacia, es meramente declarativa, son definidos como "simples obligaciones accesorias, instrumentales"[4]. Las altas y bajas concretan "la situación de la de las relaciones jurídicas de cotización y protección y reflejan el desarrollo de las relaciones laborales subyacentes"[5], pero no son constitutivas de las mismas.

En cuanto a los obligados a comunicar estos actos administrativos, difieren en atención al Régimen en el que estén encuadrados. Así, si fueran trabajadores por cuenta ajena, "los empresarios estarán obligados a comunicar la iniciación o, en su caso, el cese de la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa para que sean dados, respectivamente, de alta o de baja en el Régimen en que figuran incluidos en función de la actividad de aquélla"; en cambio, los autónomos, "además de solicitar su afiliación, estarán asimismo obligados a comunicar directamente el inicio o cese de sus actividades, a efectos de las altas y bajas de los mismos en el Régimen en que figuran incluidos" (art. 29 RD 84/1996).

Debido a las características propias de este último colectivo, su afiliación conlleva algunas peculiaridades, entre otras, el carácter único y exclusivo de la afiliación y el alta[6], así como su disponibilidad y autonomía[7]. Corresponde a los trabajadores por cuenta propia, se insiste, ante la inexistencia de empresario, la obligación de instar su oportuna inclusión en el Régimen Especial y, por consiguiente, con carácter general, el responsable del incumplimiento de tal deber.

Estas variaciones que puedan producirse en los datos de los trabajadores en alta causarán efectos a partir del momento en que aquellas se produzcan siempre que sean comunicadas en tiempo y forma a la dirección provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o a la administración de la Seguridad Social. En otro caso, surtirán efectos a partir del día en que se comuniquen, salvo cuando la variación producida en una fecha anterior tuviera repercusión en la cotización, en cuyo caso retrotraerá sus efectos al día en que hubiera tenido lugar, procediendo tanto la reclamación de las cuotas que resulten exigibles como el derecho a la devolución de aquellas que hubieran sido ingresadas indebidamente, siempre que unas y otras no sean anteriores a los últimos cuatro años. Todo ello sin perjuicio de que los sujetos obligados a comunicar estas variaciones incurran en las sanciones y en las responsabilidades que de su falta se deriven con anterioridad a la fecha en que la comunicación se produzca (art. 37 RD 84/1996).

Estos actos de encuadramiento, como se refería en los párrafos iniciales, son actos formales que no deben prejuzgar las relaciones materiales de cotización y prestación, al ser

[3] PÉREZ YÁÑEZ, R.: "Art. 12. Obligatoriedad y alcance de la afiliación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003, pág. 102.

[4] ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1989.

[5] DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1979.

[6] STS, Cont.-Admvo., 15 marzo 1996 (Rec. núm. 2847/1992).

[7] BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2007, pág. 159.

estos actos de distinto signo, como los de declaración y liquidación de la deuda contributiva y las de reconocimiento de prestaciones[8].

En este caso, la empresa comienza a cumplir con su obligación de transmisión de información a la Tesorería a través del Sistema de remisión electrónica de datos (Sistema RED) en 2008. Se trata de un "servicio gestionado por la Tesorería General de la Seguridad Social para el intercambio electrónico de datos o documentos, así como para la comunicación de actuaciones administrativas entre el citado servicio común y las entidades gestoras de la Seguridad Social y los autorizados para ello, con el fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social por parte de los sujetos responsables", entre otras materias, respecto a las "actuaciones contempladas en la normativa reguladora de la inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores, así como de la cotización y recaudación de empresas y trabajadores en el ámbito de la Seguridad Social" (art. 1 Orden ESS/484/2013, de 23 marzo)[9].

De acuerdo con la citada Orden, "las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social y en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y para la Minería del Carbón, con independencia del número de trabajadores que mantengan en alta" estarán obligados a su incorporación al Sistema RED" (art. 2).

Hasta el 1 de octubre de 2018, los autónomos sólo estaban obligados cuando al mismo tiempo tuvieran la condición de empresarios obligados a transmitir por dicho sistema los datos relativos a sus trabajadores, en cuyo caso también estarán obligados a transmitir por el mismo sistema sus propios datos como trabajadores autónomos. Pero a partir de la Orden ESS/214/2018, de 1 de marzo, por la que se modifica la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social, están también obligados "los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar como trabajadores por cuenta propia clasificados, a efectos de cotización, en el grupo primero del artículo 10 de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, con independencia de que tengan o no trabajadores a su cargo" (art. 2).

3.2. Encuadramiento en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

En el caso examinado, en consecuencia, la obligación de comunicar el alta y posteriores variaciones de datos del recurrente resultará imputable al recurrente o no en función de la vinculación como autónomo o laboral del actor. Para ello se analizarán cada uno de los encuadramientos del mismo de forma cronológica.

[8] STS 17 enero 2006 (Rec. núm. 3009/1996).

[9] Un estudio en profundidad sobre las implicaciones del procedimiento administrativo electrónico en materia de Seguridad Social, MERCADER UGUINA, J.R.: *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2017, págs. 134 y ss.

3.2.1. Contrato a tiempo parcial

El recurrente estuvo, en sus comienzos, dado de alta como trabajador por cuenta ajena con jornada (y cotización) inferior a la de un empleado a tiempo completo comparable, si bien posteriormente la Tesorería reconoció la calificación como tiempo completo de cierto lapso temporal coincidente con una cotización en igual sentido.

Desde luego, en el momento en que estuvo cotizando a tiempo parcial el recurrente y aun en la actualidad, la protección social del trabajador a tiempo parcial presentaba varios "agujeros negros"[10]: la forma de aplicar la integración de lagunas, la diferente forma de computar los períodos de ocupación cotizada entre trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal, el juego de los topes mínimos y máximos en la prestación por desempleo[11] y la cuantía proporcional del subsidio asistencial[12].

Al cabo, las dificultades que han experimentado y siguen haciéndolo los trabajadores a tiempo parcial, con una regulación y distribución de la jornada cada vez más flexibles, ponen de relieve las carencias que todavía persisten (aun con las últimas reformas legislativas, como el RD 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo) y que acaban por abocar a la calificación de dicha modalidad contractual como precaria, e integrar a los trabajadores en el ejército de *working poors*: "el contrato a tiempo parcial precariza a los sectores más vulnerables de la población porque los colectivos contratados a tiempo parcial son principalmente mujeres y jóvenes"[13].

Tal es el razonamiento fácilmente comprensible que impulsa la petición de cambio de contrato: lograr una mejor protección social.

3.2.2. Encuadramiento de los administradores titulares de acciones en la sociedad

Desde el año 1992, el recurrente es titular de 33 % de las acciones de la sociedad que administra, primero solidariamente con otra persona, y después, cuando pasa a ser titular del 50 % de las participaciones, de forma única.

Las tareas de administración de la sociedad y la participación en la misma con los porcentajes de 33 % y 50 % hacen necesario precisar en qué Régimen procedería su encuadramiento.

[10] Siguiendo a ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Discriminación indirecta en el desempleo en el contrato a tiempo parcial «vertical» en España. Asunto «Espadas Recio»", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2018.

[11] Al respecto, ALCÁZAR ORTIZ, S.: "La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial: cálculo de la prestación y porcentaje de parcialidad (STS de 20 de mayo de 2015)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extr., 2015.

[12] LÓPEZ GANDÍA, J.: "El trabajo a tiempo parcial y la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo. (Comentario a la STS de 7 de diciembre de 2016)", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 12, 2017, pág. 168; BLÁZQUEZ AGUDO, E.: *Protección por desempleo*, Lisboa (Juruá), 2016, págs. 61 y ss.; CABEZA PEREIRO, J.: "La carencia para el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial", *AS*, núm. 20, 2011 (BIB 2010\3245).

[13] ESPÍN SÁEZ, M.: "El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?", *Revista de información laboral*, núm. 12, 2016 (BIB 2017\10563).

La adscripción de tales actividades al Régimen General o al de Autónomos no ha dejado de sufrir vaivenes legales. Así, el vacío legal existente hasta la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, obligó a acudir a la jurisprudencia, que, con carácter general, negaba la cobertura en este Régimen Especial tanto al administrador, como a los socios de tales compañías, al entender que "la relación que vincula al administrador único con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria; no es, por tanto, de carácter laboral, ni siquiera especial, en tanto que excluida de tal ámbito en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.3, c) ET, sin ser subsumible en las previsiones del artículo 2.1, a) del mismo cuerpo legal… El Régimen Especial, previsto por el artículo 7.1, b), en relación con el artículo 10.2, c), LGSS, y desarrollado por el Decreto 2530/1970, no incluye en su campo de aplicación a quienes ostenten altos cargos de gestión, de naturaleza mercantil, en las sociedades de capital. Tal Régimen Especial sólo intenta dispensar protección al trabajador por cuenta propia o autónomo, entendiendo por tal al que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas"[14].

Posteriormente, la disposición adicional 43ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, seguida por Resoluciones de 5 y 6 de junio de 1998, estableció los criterios que determinaron la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, recogiendo y clarificando la situación de estos trabajadores en orden a su adecuado encuadramiento. El legislador se decantó "por su alta en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, según la actividad desarrollada y control sobre la sociedad"[15]. Por ello, la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que afectaba tanto a socios trabajadores como a administradores sociales, venía determinada por el control efectivo.

Por tanto, concurriendo tal circunstancia, estaban obligados a afiliarse quienes ejercieren funciones de dirección y gerencia propios del cargo de consejero o administrador; o aquéllos que prestaban otros servicios para la sociedad mercantil a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa.

La disposición adicional 27ª LGSS/1994 procuró fijar qué debía entenderse por control efectivo. El precepto presume el control efectivo cuando concurran las siguientes situaciones; la primera sin admitir prueba en contrario, el resto, abiertas a que el interesado pueda acreditar la procedencia de calificarlo como autónomo:

1. Cuando el trabajador poseía, al menos, la mitad de las acciones. En tal caso, no cabía prueba en contrario. "La asignación de un valor determinante a efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el

[14] STS 4 junio 1996 (Rec. núm. 3684/1995).
[15] STSJ Murcia 10 julio 2000 (Rec. núm. 543/1999); STSJ Andalucía/Granada 11 abril 2000 (Rec. núm. 2171/1998).

administrador societario no alcanza el 50 % de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajeneidad. En cambio, si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio"[16]. En la medida en que conlleva, además, la identificación de los intereses propios con los de la sociedad, aleja definitivamente la nota de ajenidad[17].

2. Que la participación fuere igual o superior a la tercera parte del mismo.

3. Que el socio poseyera, al menos, la cuarta parte de las acciones y ostentara facultades de dirección o de gerencia. Incluso sin ostentar dichas prerrogativas, algunos Tribunales establecieron dicha presunción[18]. No obstante, la posesión del 25 % del capital social y el ejercicio de dichas facultades de manera mancomunada determinaron la inclusión en el Régimen General[19].

4. Que al menos la mitad del capital de la sociedad estuviera distribuido entre socios con los que conviviera y a quienes se encontrara unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, dada la posibilidad de influir en la actuación de los titulares[20].

El resto (los empleados por cuenta ajena y los socios trabajadores), aun cuando fueran miembros de órganos de administración, si no desempeñaban funciones de administración y de gerencia, debían ser encuadrados en el Régimen General de Seguridad Social, pues "la normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos –si su participación en la propiedad de la sociedad no alcanza la mayoría de las acciones– no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral"[21].

La actual LGSS reproduce el esquema general ya examinado. Así, en su art. 136.2 declara expresamente comprendidos en el Régimen General:

— Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de las sociedades de capital, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de

[16] SSTS 29 enero 1997 (Rec. núm. 2577/1995); STS 3 julio 1997 (Rec. núm. 3009/1996); STS 15 junio 2000 (Rec. núm. 4287/1999).
[17] STS 20 marzo 1997 (Rec. núm. 2348/1996).
[18] SSTSJ Asturias 26 marzo 1999 (Rec. núm. 2750/1998); STSJ País Vasco 30 mayo 2000 (Rec. núm. 750/2000)].
[19] STSJ Cantabria 7 enero 1998 (Rec. núm. 1433/1996).
[20] STS 7 julio 1999 (Rec. núm. 3610/1998).
[21] STS 3 julio 1997 (Rec. núm. 3009/1996).

dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b).

— Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.

Sin embargo, excluye a estos consejeros y administradores de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

La remisión que el art. 136.2 realiza al concepto de control efectivo y al art. 305 LGSS fuerza a acudir al campo de aplicación del RETA. El precepto mencionado, en su apartado 2.b) explicita que han de estar incluidos en el Régimen Especial "quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias[22]:

1º) Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2º) Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3º) Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad".

Con todo, el precepto deja abierta la posibilidad de incluir en el RETA a cuantos trabajadores, aun no concurriendo las circunstancias descritas, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que disponen del control efectivo de la sociedad.

Por su parte, y de acudir a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, esta norma, como fiel trasunto de la LGSS, en su art. 1 incluye en su ámbito de aplicación, además de a las "personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", a "quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una

[22] STSJ Andalucía/Sevilla 31 octubre 2018 (Rec. núm. 2935/2017).

sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio", referencia que ha de entenderse realizada a los preceptos transcritos del RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Cabría cuestionar, aunque el recurrente no lo hace, si sería posible su calificación como trabajador autónomo económicamente dependiente, dado que los ingresos que obtenía provenían, en más de un 75 %, de la sociedad. Sin embargo, dicha vía ha sido ya cercenada por los Tribunales en otros pronunciamientos, al entender cómo "no es posible en un caso como el presente separar la condición de socio capitalista de la de socio industrial, para entender que aporta en una calidad el capital necesario para el funcionamiento de la sociedad y realiza en un concepto distinto la prestación de servicios. Si bien existen semejanzas externas entre la condición de socio y la de autónomo dependiente, que radican en sustancia en la independencia con que actúan, y en muchos casos en que obtienen como mínimo el 75 % de sus ingresos de una empresa, las diferencias son determinantes, pues el autónomo carece de participaciones –al menos de la importancia del presente caso–, y carece de la consiguiente participación en beneficios. Esto es, no está sujeto a contrato de sociedad, sino a una relación completamente diferente, en que en definitiva trabaja para otro, aunque sea de forma independiente, en vez de reunirse varios para trabajar conjuntamente y repartirse los beneficios"[23].

De acuerdo con lo previsto en los párrafos anteriores, no cabe duda que el recurrente, a la vista de los hechos probados y al menos a partir del año 1998, habría de estar encuadrado y dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

3.2.3. Derecho de opción de determinados colegiados

Quedaría únicamente por explorar la posibilidad que se ha planteado con el encuadramiento de los socios colegiados, administradores solidarios, con una participación societaria del 50 % de una sociedad mercantil cuyo exclusivo objeto social consiste en desarrollar la actividad cuyo ejercicio exige colegiación.

Al respecto, la disposición adicional 18ª LGSS establece la incorporación en el campo de aplicación del RETA de los colegiados que desarrollen una actividad por cuenta propia de forma habitual, personal y directa. Al respecto, determina que "si el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado régimen especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, deberá solicitarse durante el primer trimestre de 1999 y surtirá efectos desde el día primero del mes en que se hubiere formulado la correspondiente solicitud. De no formularse esta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999".

[23] STSJ Cataluña 5 junio 2012 (Rec. núm. 3729/2011).

Sin embargo, establece un derecho de opción (sin posibilidad de variación posterior) entre el RETA y la Mutualidad que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que la citada mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el RD 2615/1985, de 4 de diciembre.

A continuación establece una excepción, "quedarán exentos de la obligación de alta los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos colegios profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una mutualidad de las amparadas en el apartado 2 del artículo 1 del citado Reglamento de Entidades de Previsión Social, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en este régimen especial. No obstante, los interesados podrán voluntariamente optar, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado régimen especial, la cual tendrá efectos desde el día primero del mes en que se formule la solicitud".

En resumen, el recurrente, en 1999, a la vista de las características de su prestación de servicios, no tenía derecho de elección alguno entre el Régimen General y el RETA, sino que debió haber procedido al alta en este último.

3.3. Diferencias en la protección proporcionada por el Régimen General y por el de Trabajadores Autónomos

El legislador lleva ya más de una década intentando acometer una reforma del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que suponga no solo incrementar el nivel de protección de este colectivo, sino llegar a equipararlo con el Régimen General. Al tiempo, ha de procurar no sobrecargar la financiación asumida por el propio afectado, y no suponer, al cabo, una rémora para el desarrollo y el impulso de la iniciativa emprendedora[24].

La sempiterna desigualdad padecida por los autónomos se manifiesta en la acción protectora: tradicionalmente ha concedido una protección menos intensa y menos extensa, los derechos reconocidos van a tener una menor entidad y la cuantía como regla general es inferior[25].

Precisamente esta situación es la que ha tratado de resolver, en parte, el RD-Ley 28/2018, en cuya disposición final segunda modifica el art. 316.1 LGSS: "La cobertura de las contingencias profesionales será obligatoria y se llevará a cabo con la misma entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal y determinará la obligación de efectuar las correspondientes cotizaciones". De igual modo cambia la redacción del art. 327.1: "El sistema específico de protección por el cese de actividad forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, es de carácter obligatorio y tiene por objeto dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la

[24] SUÁREZ CORUJO, B.: "Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", *TL*, núm. 94, 2008, pág. 245.

[25] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, 2005, pág. 159 y ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Seguridad Social en el marco del trabajo autónomo", en AA.VV.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, León (Eolas), 2009, pág. 138.

Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo".

De acuerdo con el art. 7 RD-Ley 28/2018, los tipos de cotización de los autónomos en el RETA serán, a partir del 1 de enero de 2019, los siguientes:

a) Para las contingencias comunes, el 28,30 por ciento.

b) Para las contingencias profesionales, el 0,9 por ciento, del que el 0,46 por ciento corresponde a la contingencia de incapacidad temporal y el 0,44 a la de Incapacidad permanente, muerte y supervivencia.

c) Por cese de actividad, el 0,7 por ciento.

d) Por formación profesional, el 0,1 por ciento.

La disposición transitoria 3ª del mismo texto legal establece un progresivo incremento de los tipos de cotización por contingencias profesionales y por cese de actividad de los trabajadores autónomos incluidos en el RETA y en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, los cuales se ajustarán a la siguiente escala:

a) Para la cotización por contingencias profesionales:
En el año 2020, el tipo de cotización será el 1,1 por ciento.
En el año 2021 el tipo de cotización será el 1,3 por ciento.

A partir del año 2022, el tipo de cotización será el que se establezca con carácter definitivo para ambos regímenes especiales en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Falta, con todo, cumplir uno de las aspiraciones tantas veces postergada y más reiteradas de los autónomos: su cotización a tiempo parcial. No existe, en el texto legal referencia expresa a la inclusión de los autónomos que ejercen su actividad a tiempo parcial[26] y el problema de fondo radica en su propia definición: en la medida en que el trabajo autónomo no está jurídicamente sujeto a objetivas limitaciones de jornada, sea cual fuere el módulo temporal manejado, la parcialidad, en esta misma forma de ejercicio de la actividad profesional o económica, carece de parámetros de cuantificación determinados. Por estas razones, el trabajo a tiempo parcial a efectos de Seguridad Social se encuentra en permanente estado de sospecha. Los poderes públicos temen que su aceptación sea una vía fácil bien para acceder a los derechos y prestaciones dispensados por el sistema de protección social bien

[26] TÁRRAGA POVEDA, J.: "La protección social del trabajador autónomo", en AA.VV.: *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Murcia (Laborum), 2007, pág. 259.

para burlar las obligaciones de cotización"[27]. Esa dificultad en el control de la dedicación (total o parcial) ha justificado históricamente[28] el criterio legal uniforme y uniformador.

El sistema de cotización logra dos efectos perversos: una sobrecarga económica para colectivos de trabajadores autónomos de bajos ingresos, frente a la que se puede estar reaccionando mediante la huida hacia la economía sumergida y, a la vez, una fuerte relajación de la carga contributiva para los colectivos de trabajadores autónomos que obtienen altos ingresos, frente a la que se está respondiendo mediante la celebración de planes de pensiones[29].

Con todo, los escollos no deben lastrar los avances, una futura regulación podría partir de la ficción jurídica de que la jornada de trabajo a tiempo completo de ese trabajador es la correspondiente a la que tiene, en convenio colectivo, un trabajador por cuenta ajena comparable por razón de la identidad de actividad y, de no existir trabajador comparable, la jornada máxima legal; luego, será preciso definir que se entiende, en el ámbito del trabajo por cuenta propia, por tiempo parcial, tarea ésta que, en gran medida, exigirá un previo pronunciamiento sobre si esta noción debe o no ir acompañada de límites cuantitativos por arriba (cuyo efecto sería la aplicación al trabajador autónomo de las disposiciones generales) y por abajo (cuya consecuencia sería la exclusión en el RETA, por considerarlo, en lugar de trabajo a tiempo parcial, trabajo marginal); por último, será necesaria la adopción de aquellas medidas de carácter instrumental que garanticen de manera eficiente la seriedad del trabajo a tiempo parcial que se hubiere declarado[30].

4. CONCLUSIONES

A la luz de los hechos probados, no cabe duda que el recurrente estuvo dado de alta de forma indebida en el Régimen General a partir, al menos, de 1998. En tal caso, la situación de personas con alta indebida en un Régimen del sistema de la Seguridad Social incluidas en el campo de aplicación de otro Régimen distinto "será válida hasta la fecha que se fije en la resolución administrativa que declare indebida el alta anterior y, en su defecto, hasta el último día del mes de su notificación. Las cotizaciones efectuadas conforme a las normas del Régimen en el que el alta se declare indebida serán computadas recíprocamente, a efectos de la protección que corresponda, con las del Régimen de inclusión procedente" (art. 60.2 RD 84/1996).

En el caso examinado, el TSJ de Madrid considera "imputable a la parte recurrente la manifiesta y enorme tardanza en solicitar la corrección del anómalo encuadramiento en régimen de Seguridad Social y del tipo de contrato y jornada laborales, pretendiendo que la modificación contractual se retrotraiga a Enero de 1999 cuando ya entonces, por su titularidad y actividad de administración única de la compañía, disponía de contrato a tiempo

[27] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, 2005, pág. 158.

[28] MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid (Civitas), 2007, pág. 212.

[29] GALA DURÁN, C.: "Comentario del Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo: aspectos de protección social", *Iuslabor*, núm. 1, 2006.

[30] AA.VV: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., pág. 159.

completo y debía estar incluido en el RETA, nada de lo cual comunicó formalmente a la Administración de la Seguridad Social hasta Marzo de 2015, no habiendo solicitado ninguna variación de sus datos cuando en Abril de 2008 la TGSS remitió a la compañía los existentes en el sistema de información laboral"[31].

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, vuelve a insistir en los mismos argumentos: ha de estar encuadrado en el RETA y dicha obligación y responsabilidad le era imputable a él mismo. En este sentido, entiende "que la pretensión de que los efectos temporales del encuadramiento del recurrente en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con contrato a tiempo completo se retrotraigan al 1 de enero de 1999 –en vez del 1 de abril de 2008– carece de fundamento, por dos razones: primera, porque sólo desde abril de 2008, con ocasión de la incorporación al Sistema RED de la sociedad mercantil administrada por el recurrente existe constancia del ejercicio de esa actividad a tiempo completo; y segunda, porque la tardanza en solicitar la modificación de su encuadramiento en la Seguridad Social sólo es imputable al recurrente, que no tomó iniciativa alguna al respecto hasta marzo de 2015. El problema aquí debatido es fundamentalmente de hecho, dado que el recurrente no solicitó la corrección de su anterior encuadramiento –que figuraba como de tiempo parcial y en el Régimen General de la Seguridad Social– hasta marzo de 2015 y, además, no discute ni desvirtúa la afirmación de […] que sólo desde la incorporación de su entidad mercantil al Sistema RED en abril de 2008 existen datos fehacientes de que su actividad de administrador se desarrolla a tiempo completo"[32].

5. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, 2005.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1989.

ALCÁZAR ORTIZ, S.: "La protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial: cálculo de la prestación y porcentaje de parcialidad (STS de 20 de mayo de 2015)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extr., 2015.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Seguridad Social en el marco del trabajo autónomo", en AA.VV.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, León (Eolas), 2009.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Discriminación indirecta en el desempleo en el contrato a tiempo parcial «vertical» en España. Asunto «Espadas Recio»", *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2018.

BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2007.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.: *Protección por desempleo*, Lisboa (Juruá), 2016.

[31] STSJ Madrid, CA, 22 junio 2016 (Rec. núm. 688/2015).
[32] STS, CA, 25 octubre 2018 (Rec. núm. 2677/2016).

CABEZA PEREIRO, J.: "La carencia para el acceso a la protección por desempleo en el contrato a tiempo parcial", *AS*, núm. 20, 2011 (BIB 2010\3245).

DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1979.

ESPÍN SÁEZ, M.: "El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?", *Revista de información laboral*, núm. 12, 2016 (BIB 2017\10563).

GALA DURÁN, C.: "Comentario del Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo: aspectos de protección social", *Iuslabor*, núm. 1, 2006.

LÓPEZ GANDÍA, J.: "El trabajo a tiempo parcial y la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo. (Comentario a la STS de 7 de diciembre de 2016)", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 12, 2017.

MERCADER UGUINA, J.R.: *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2017.

MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid (Civitas), 2007.

PÉREZ YÁÑEZ, R.: "Art. 12. Obligatoriedad y alcance de la afiliación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003, pág. 102.

SUÁREZ CORUJO, B.: "Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", *TL*, núm. 94, 2008.

TÁRRAGA POVEDA, J.: "La protección social del trabajador autónomo", en AA.VV.: *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Murcia (Laborum), 2007.

VAL TENA, A.L.: "Artículo 12. Obligatoriedad y alcance de la afiliación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2003.

La compatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total española con una pensión de jubilación originada en otro estado de la unión europea: La consolidación de un cambio de criterio jurisprudencial con posible repercusión a nivel normativo

The compatibility of the increase in the Spanish total permanent disability pension with a retirement pension from another European Union member state: The consolidation of a change in jurisprudential criteria with possible repercussion at a regulatory level

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

CARMEN SOLÍS PRIETO
PROFESORA AYUDANTE DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

Resumen

Este estudio tiene por objeto subrayar la consolidación del cambio de criterio jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo sobre la compatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total española con una pensión de jubilación originada en otro Estado de la Unión Europea tras la STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-431/16) y su posible repercusión a nivel normativo pues dicha compatibilidad se fundamenta en la inexistencia, en nuestra legislación, de una previsión específica que declare la incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación no nacional con el incremento del 20 % de la pensión de incapacidad permanente total española.

Palabras clave

prestación económica de incapacidad permanente total, incremento, compatibilidad, pensión de jubilación, coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea

Abstract

The paper sets out to highlight the consolidation of the change of jurisprudential criteria of the Spanish Supreme Court regarding the compatibility of the increase in the Spanish total permanent disability pension with a retirement pension from another European Union member state after the CJEU ruling of 15 March 2018 (C-431/16) and its possible repercussion at a regulatory level, as said compatibility is based on the absence, in Spanish legislation, of a specific provision that declares the incompatibility between the receipt of a non-Spanish retirement pension with the 20% increase in the Spanish total permanent disability pension.

Keywords

Total permanent disability benefit; increase; compatibility; retirement pension; coordination of Social Security systems in the European Union

Fecha Recepción: 10-4-2019 – Fecha Revisión: 29-4-2019 – Fecha Aceptación: 30-4-2019
Pag. 157-169

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA Y SU LIMITADO RÉGIMEN JURÍDICO: PROBLEMÁTICA EN TORNO A SU COMPATIBILIDAD CON OTRAS PRESTACIONES

Nuestro sistema de Seguridad Social reconoce, como es bien sabido por todos, la posibilidad de incrementar la pensión de incapacidad permanente total en un porcentaje adicional cuando condiciones como la edad, la falta de preparación general o especializada y las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia del beneficiario hagan presumir la dificultad de éste para obtener un empleo en una actividad distinta a la profesión habitual que viniera desarrollando con anterioridad (artículo 196.2 TRLGSS[1]), quedando la concreción de la cuantía de ese incremento, así como de los requisitos para la obtención del mismo, a merced de un desarrollo a nivel reglamentario (artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social[2]). Dicha prestación incrementada es lo que se ha venido denominando por la doctrina incapacidad permanente total cualificada[3], que, a través de los criterios expresados, conecta con el concepto de incapacidad de ganancia al atender a factores extrapatológicos que dificultan o impiden la obtención de un nuevo empleo[4]. Como señala la propia STC 137/1987, de 22 de julio[5], "para compensar esa mayor dificultad en la «capacidad de ganancia», se señalan en el citado precepto unas circunstancias (edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia) que, por derivarse de ellas la presunción de esa mayor dificultad, ha tenido en cuenta el legislador para el otorgamiento del incremento de pensión". Sin embargo, este incremento de naturaleza prestacional[6], aunque no pueda ser calificado en sí mismo como una propia prestación[7], ha perdido la conexión con la dificultad de ganancia, quedando desnaturalizado[8], en tanto la jurisprudencia ha atemperado los requisitos para tener derecho al mismo exigiendo simplemente el cumplimiento de la edad marcada[9].

Ahora bien, la escueta regulación reglamentaria de la incapacidad permanente total cualificada, siendo necesario subrayar que ésta, pese a sus particularidades y propios

[1] Este precepto tiene su origen en el artículo 11.4 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 149, de 22 de junio de 1972).

[2] BOE núm. 154, de 28 de junio de 1972.

[3] Ya usada por MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social en la Ley de 21 de junio de 1972*, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, 1973, p. 13.

[4] BARBA MORA, A.: *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 73. En el mismo sentido, ROMERO RÓDENAS, M. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 48.

[5] BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987.

[6] STS 29 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1353).

[7] ROMERO RÓDENAS, M. J. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, ob. cit., p. 49. En la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992\8846), de 9 de octubre de 2008 (RJ 2009\120) y de 25 de junio de 2009 (RJ 2009\5046). En concreto, la STS de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994\804) subraya que "la pensión no varía en su naturaleza y esencia y solamente cambia su cuantía, al incrementar en un 20 % durante el período de inactividad laboral".

[8] GOERLICH PESET, J. M.: "La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada", *Actualidad Laboral*, tomo 3/1996 (LA LEY 2925/2001), p. 2 del documento pdf y ROQUETA BUJ, R.: *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 34.

[9] SSTS de 10 de marzo de 1987 (RJ 1987\1378) y 4 de marzo de 1992 (RJ 1992\1617). En la doctrina, GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La incapacidad permanente y sus efectos sobre el contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 32.

requisitos de acceso, no constituye por sí misma un grado adicional de incapacidad[10], sólo establece la edad mínima para poder optar al mencionado incremento (cincuenta y cinco años[11]), la cuantía del mismo (20 % de la base reguladora de la pensión percibida[12]) y la incompatibilidad de éste con la obtención de un empleo. Esta última circunstancia habrá de ser interpretada conforme a los dictados del artículo 198.1 TRLGSS, donde se establecen unos términos más amplios para la mencionada incompatibilidad: "la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social".

Sin embargo, cabría plantearse si este exiguo régimen de incompatibilidad se limita exclusivamente al desarrollo de una prestación de servicios por cuenta propia o ajena incluida en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social o si, por el contrario, debería también extenderse a todos aquellos supuestos de percibo de una prestación cuya naturaleza fuese la de renta sustitutiva del trabajo[13], tuviese la misma origen en el sistema de Seguridad Social español o de otro Estado miembro de la Unión Europea. A darle respuesta a esta cuestión se dedicarán las líneas que siguen, centrándose éstas particularmente en la segunda de las hipótesis señaladas dada la problemática presentada en torno a la percepción por determinados beneficiarios, por una parte, de una pensión de incapacidad permanente total cualificada con cargo a la Seguridad Social española y, por otra, de una pensión de jubilación o vejez con cargo a otro Estado miembro de la Unión Europea, nacida tomando exclusivamente en consideración las cotizaciones allí efectuadas[14].

---

[10] La STS de 5 de junio de 1992 (RJ 1992\4527) señala expresamente que "cuando el legislador establece […] que los declarados afectos de incapacidad permanente total, para la profesión habitual percibirían la pensión prevista […] incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por necesidad, falta de preparación general o especializada y lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior, no está creando un nuevo grado de incapacidad distinto de los ya existentes, simplemente se limita en aquel supuesto, a aumentar el importe de la prestación que ya se percibía; la invalidez es la misma, solamente varía la cuantía de la prestación" y que, "si esto es así, el hecho causante de la prestación tampoco varía, es siempre el mismo, en concreto cuando se produjo la situación de invalidez permanente reconocida al trabajador; lo contrario supondría, tanto como establecer un nuevo hecho causante, como si de una nueva prestación se tratase, cuando el trabajador cumpliese los 55 años de edad, y reuniese los restantes requisitos allí previstos". Sin embargo, en la doctrina, como "subgrado" la califica ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, p. 235 y llega a tenerlo por "grado" ALBERT EMBUENA, V. L.: *La incapacidad permanente contributiva: aspectos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 107.

[11] La mencionada STC 137/1987, de 22 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987) sostiene que este requisito de edad, establecido posiblemente atendiendo a factores financieros y a la mayor dificultad para encontrar nuevo trabajo, no constituye un límite desproporcionado que lesione los derechos de los beneficiarios y no vulnera el principio de igualdad pues "prescribir estas circunstancias no es, en modo alguno, discriminar a quienes no las tengan, sino compensar a quienes las padecen para que su situación de capacidad laboral se aproxime a la de aquéllos".

[12] Resolución de 22 de mayo de 1986, de la Secretaría General para la Seguridad Social, sobre reconocimiento de incremento del 20 por 100 de la base reguladora a los pensionistas de incapacidad permanente total cuando cumplen la edad de cincuenta y cinco años (BOE núm. 126, de 27 de mayo) de 1986 y Resolución de 11 de abril de 1990, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se fijan criterios para la aplicación del complemento del 20 por 100 a reconocer a los pensionistas de invalidez permanente total para la profesión habitual, mayores de cincuenta y cinco años (BOE núm. 101, de 27 de abril de 1990).

[13] ROQUETA BUJ, R.: *La incapacidad permanente*, ob. cit., pp. 248-249, donde se hace un magnífico resumen de los pronunciamientos judiciales y doctrinales al respecto.

[14] TRILLO GARCÍA, A. R.: "Algunos problemas en relación con la pensión de incapacidad permanente total", en VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación. I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum,

(...)

2. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA STS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018: LA SUPRESIÓN DEL INCREMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL "POR REALIZAR TRABAJOS" TRAS EL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSIÓN ALEMANA DE JUBILACIÓN

La resolución judicial objeto de análisis trae causa en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2017 (JUR 2017\288962) en materia de prestación por incapacidad permanente.

El periplo judicial, tras la pertinente reclamación administrativa previa, comenzó en el año 2015. Tras haberle sido reconocida una incapacidad permanente total cualificada del Régimen General de la Seguridad Social con fecha y efectos de 29 de noviembre de 2006, la misma pasó a denominarse pensión de jubilación cuando su beneficiario cumplió la edad ordinaria, sin que ello implicase modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se venía percibiendo (artículo 200.4 TRLGSS). Sin embargo, en 2015 la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución por la que modificaba el importe de la pensión de incapacidad permanente total cualificada, de la que traía origen la actual pensión de jubilación, procediendo a suprimir, "por realizar trabajos", el incremento del 20 % de la base reguladora de la pensión, al ser éste incompatible con la pensión de jubilación reconocida igualmente al beneficiario en Alemania.

Ante este panorama, el pensionista interpuso demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social solicitando seguir percibiendo el complemento del 20 % sobre la pensión de incapacidad permanente total, dejando sin efecto la resolución que lo suprimió.

La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo el 17 de febrero de 2017 (sentencia núm. 74/2017), estimó su pretensión. Pero la Seguridad Social, lejos de aquietarse, interpuso, primeramente, recurso de suplicación, que fue desestimado por la STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2017 (JUR 2017\288962) y, con posterioridad, recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como resolución de contraste la STSJ de Navarra de 7 de abril de 2016 (JUR 2016\171156). Dicho recurso, de la misma manera, fue desestimado por el Tribunal Supremo en sentencia de 13 noviembre de 2018 (RJ 2018\5560), cuyo ponente fue el Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer, que constituye el objeto de este trabajo.

3. POSICIONAMIENTO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL EN TORNO A LA COMPATIBILIDAD O NO DEL INCREMENTO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON PRESTACIONES ORIGINADAS EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión relativa a la compatibilidad o no del incremento del 20 % de la incapacidad permanente total reconocida por la Seguridad Social española con la prestación

Murcia, 2017, p. 1069, señala que el Estado de origen de la gran mayoría de las pensiones de jubilación que han dado lugar a esta controversia sobre la compatibilidad es Suiza, país al que, pese a no pertenecer a la Unión, se le aplican los reglamentos comunitarios en materia de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros como se comentará más adelante.

de jubilación o vejez a cargo de otro Estado miembro de la Unión Europea (además de Suiza[15] u otro Estado del Espacio Económico Europeo[16]) ha venido siendo objeto de controversia desde hace tiempo.

A nivel administrativo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social siempre ha defendido la incompatibilidad de dicho incremento de la incapacidad permanente total con la pensión de vejez extranjera, tanto es así que la misma se puso de manifiesto expresamente en diversas consultas evacuadas por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, dependiente de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Así, la Consulta 11/2015, de 24 de febrero (JUR 2017\75877), se posicionaba dando la razón al INSS, determinando la no obtención del incremento si, en el momento de reconocer el derecho a la pensión de incapacidad permanente total, el interesado percibiese una pensión de vejez procedente de otro país y la pertinente reclamación al interesado de las cantidades indebidamente percibidas si, con posterioridad al reconocimiento del incremento, se detectase la percepción por parte del pensionista de una pensión extranjera de vejez. De la misma forma, la Consulta 17/2017, de 7 de septiembre (JUR 2017\251920), señala cuáles serían las consecuencias que para el incremento del 20 % de la pensión española de incapacidad permanente total tendría, dada la incompatibilidad entre ambas, la renuncia del interesado a la pensión de vejez causada en otro Estado, sentando que la misma resultaría inoponible frente a la Seguridad Social española al considerarse en perjuicio de tercero (artículo 1902 CC) pues supondría un incremento de cargas para esta última, por lo que no procedería la reposición del citado incremento.

A nivel jurisdiccional, por contra, los pronunciamientos han oscilado indistintamente en ambas direcciones.

A favor de la incompatibilidad se posicionaron la SJS núm. 1 de Vigo de 13 de junio de 2016 (sentencia núm. 327/2016), frente a una pensión de jubilación originada en Holanda; SSJS núm. 4 de Vigo de 12 de febrero de 2016 (sentencia núm. 88/2016) y de 29 de noviembre de 2016 (sentencia núm. 550/2016), en relación con pensiones alemana y

[15] A efectos de la coordinación en materia de Seguridad Social y de la aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE L 149, de 5 de julio), "la Confederación Suiza debe ser asimilada a un Estado miembro de la Unión", como señala la STJUE de 18 de noviembre de 2010 (C‑247/09, asunto Alketa Xhymshiti contra *Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Lörrach*), pues ya suscribió el 21 de junio de 1999 el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra (DOCE L 114, de 30 de abril de 2002). A su vez, la coordinación modernizada, constituida por los Reglamentos (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE L 166, de 30 de abril) y nº 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 (DOUE L 284, de 30 de octubre de 2009), le es aplicable desde el 1 de abril de 2012 gracias a la Decisión núm. 1 /2012 del Comité Mixto establecido en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros por una parte y la Confederación Suiza por otra de 31 de marzo de 2012 por la que se sustituye el anexo II de dicho Acuerdo relativo a la coordinación de los regímenes de Seguridad Social (2012/195/UE) (DOUE L 103, de 13 de abril de 2012).

[16] En relación con Noruega, Islandia y Liechtenstein, países del Espacio Económico Europeo (EEE), la coordinación modernizada es aplicable desde el 1 de junio de 2012 en virtud de la Decisión del Comité Mixto del EEE nº 76/2011, de 1 de julio de 2011, por la que se modifica el anexo VI (Seguridad Social) y el Protocolo 37 del Acuerdo EEE (DOUE L 262, de 6 de octubre de 2011).

francesa, respectivamente, de jubilación; las STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de octubre de 2013 (JUR 2013\345321) y de 11 de junio de 2014 (JUR 2014\185711), que enjuiciaban el caso de una pensión suiza de vejez (junto con una francesa en el segundo de los pronunciamientos), al igual que la STSJ de Navarra de 7 de abril de 2016 (JUR 2016\171156) y la STSJ de Galicia de 29 de julio de 2016 (rec. de suplicación núm. 396/2016), que se pronunció sobre una prestación de origen alemán.

La razón en la que se justificaría la misma se halla en la propia finalidad del incremento: si éste "tiene por objeto cubrir el vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que según la normativa aplicable dificultan la obtención de empleo", el mismo deja de existir en el preciso instante en que el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente total cualificada es igualmente pensionista de jubilación, percibiendo "una compensación económica precisamente por estar apartado por razón de su edad del mundo laboral". Esta posición, si bien no exenta de cierta razón, a su vez se fundamenta, erróneamente en nuestra opinión por su carácter en exceso extensiva, en la aplicación al supuesto que nos interesa de sendos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se postula la incompatibilidad del incremento de la pensión de incapacidad permanente total causada en un régimen de nuestro sistema de Seguridad Social con una de jubilación originada en otro régimen distinto, como consecuencia de un supuesto de pluriactividad[17], compatible con aquélla[18], pues lo contrario haría de mejor condición a quien percibe la pensión de jubilación de la Seguridad Social extranjera. A su vez, alguna resolución también sostiene, en base a la normativa europea en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social [artículo 5 del Reglamento (CE) nº 883/2004], que precisamente la compatibilidad de la pensión de jubilación extranjera con la pensión de incapacidad permanente total española es lo que lleva a que sea incompatible el percibo de dicha pensión de jubilación con el incremento del 20 %[19].

Sin embargo, no son pocas las resoluciones judiciales que abogan por la compatibilidad del mencionado incremento con pensiones de jubilación o vejez causadas en

[17] Cuando el beneficiario de la pensión ha desarrollado sus servicios en pluriactividad, no existe incompatibilidad entre las pensiones procedentes de los distintos regímenes de la Seguridad Social en que desarrolló las diferentes actividades, salvo en el caso de procederse al cómputo recíproco de las cotizaciones cuando la pluriactividad hubiera sido sucesiva (artículo 49 TRLGSS).

[18] Las SSTS de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426) y de 13 de abril de 2005 (RJ 2005\4517), dictadas ambas en unificación de doctrina y que examinan supuestos de percepción conjunta de, por un lado, una pensión de incapacidad permanente total, incrementada en ese 20 %, del Régimen Especial de la Minería del Carbón y, por otro, una pensión de jubilación derivada del Régimen Especial de Autónomos, señalan que dicho incremento de la prestación "intenta cubrir el posible vacío de recursos económicos provocado por las circunstancias que […] dificultan la obtención de empleo" pero en los casos enjuiciados "ese vacío es inexistente porque las pensiones de jubilación a las que no es preciso renunciar por su compatibilidad con la pensión por incapacidad tiene como razón de ser suplir la falta de rentas procedentes del trabajo, en su totalidad, motivada por la edad. Desaparece por tanto la finalidad perseguida […] ya que de otra manera se haría de mejor condición a quien se apartase del mercado laboral por su voluntad, no es obligatorio el cese en la actividad en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que quien se mantiene en dicho mercado, obtiene trabajo y al mismo tiempo ostenta la condición de inválido permanente total, para otra profesión u oficio". Igualmente, otros tribunales han subrayado la incompatibilidad del mencionado incremento con el percibo de una pensión de jubilación del Régimen Especial de la Minería del Carbón [STSJ Castilla y León (Valladolid) de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007\215734)], de una pensión del sistema de Clases Pasivas [STSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2012\56653)] y del subsidio por desempleo para mayores de 52 años [STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2015 (JUR 2015\158360)].

[19] STSJ de Galicia de 29 de julio de 2016 (rec. de suplicación núm. 396/2016).

Estados de la Unión Europea (señaladamente, Alemania[20], Francia[21], Holanda[22] y Polonia[23]) o en Suiza[24].

Los argumentos esgrimidos a favor de la compatibilidad giran en torno a cuatro ejes principales. Por un lado, la criticable interpretación extensiva y analógica que viene haciendo el Tribunal Supremo de los artículos 198.1 TRLGSS y 6 del Decreto 1646/1972, ampliando la incompatibilidad del mencionado complemento más allá de los concretos casos previstos de realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, circunstancia que no se da cuando lo que se percibe es una pensión de Seguridad Social con origen en otro Estado miembro, sobre la base de que en esos supuestos el incremento de la prestación pierde su finalidad de suplir la carencia de rentas, rentas que se obtendrían mediante la pensión de jubilación independientemente de la cantidad que la misma supusiese. Por otro, la censura jurídica se fundamenta en el desconocimiento del régimen jurídico de la pensión causada en el extranjero, lo que desaconseja su asimilación a una pensión de jubilación de origen español. A su vez, no puede desconocerse que, resultando de aplicación a estos supuestos el artículo 53.3.a) del Reglamento (CE) nº 883/2004 [antes artículo 46 bis.3.a) del Reglamento (CEE) 1408/71], en el mismo se prevé el tratamiento de las cláusulas anticúmulo en el sentido de que sólo puede tenerse en cuenta la prestación causada en otro Estado miembro cuando la legislación de la institución encargada del reconocimiento así lo estableciese "claramente"[25], circunstancia que no recoge la normativa española. Además, como establece el artículo 53.3.d) del Reglamento (CE) nº 883/2004, existe en todo caso un límite que de ninguna manera se habría respetado: si se aplicaran normas anticúmulo por parte de uno de los Estados miembros como consecuencia del disfrute de prestaciones de la misma naturaleza o de naturaleza diferente en virtud de la legislación de otros Estados miembros, la prestación podría reducirse solamente en el importe de dichas prestaciones. Por todo lo expuesto, se llega a la

[20] Pueden verse al respecto la SJS núm. 4 de Pontevedra de 26 de mayo de 2016 (procedimiento núm. 607/2015), la SJS núm. 2 de Lugo de 17 de febrero de 2017 (sentencia núm. 74/2017), la SJS núm. 3 de Pontevedra de 3 de marzo de 2017 (procedimiento núm. 558/2016), la SJS núm. 2 de Pontevedra de 12 de diciembre de 2017 (sentencia núm. 403/2017), la SJS núm. 26 de Barcelona de 24 de mayo de 2018 (AS 2018\1918) y las SSTSJ de Galicia de 23 de febrero de 2017 (JUR 2017\78160), de 16 de marzo de 2017 (JUR 2017\89205), de 11 de septiembre de 2017 (JUR 2017\243570), de 23 de octubre de 2017 (JUR 2017\288962) y de 29 de junio de 2018 (AS 2018\2093).

[21] STSJ de Asturias de 17 de enero de 1994 (AS 1994\99); SJS núm. 2 de Ponferrada (León) de 13 de febrero de 2014 (autos núm. 12/2014), en cuyo supuesto de hecho se percibía una pensión de origen francés y otra suiza; SJS núm. 5 de Vigo de 22 de enero de 2016 (autos núm. 771/2015) y STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2016 (AS 2016\1611) y de 18 de octubre de 2017 (JUR 2017\279668).

[22] STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2017 (JUR 2017\85649).

[23] SJS núm. 1 de Oviedo de 12 de abril de 2016 (sentencia núm. 197/2016) y STSJ de Asturias de 26 de julio de 2016 (JUR 2016\194179).

[24] Cabría mencionar las SSJS núm. 1 de Ponferrada (León) de 10 de mayo de 2013 (procedimiento núm. 1091/2012) y de 28 de septiembre de 2015 (procedimiento núm. 264/2015), la SJS núm. 3 de León de 29 de abril de 2016 (autos núm. 809/15), la SJS núm. 2 de Pontevedra de 27 de abril de 2016 (sentencia núm. 143/2016), la SJS núm. 1 de León de 21 de junio de 2017 (autos núm. 796/2016), la STSJ de Galicia de 19 de enero de 2017 (JUR 2017\41642) y las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\72114), de 13 de junio de 2018 (AS 2018\2021) y de 13 de septiembre de 2018 (AS 2019\205).

[25] Así lo subraya expresamente la STSJ de Asturias de 22 de febrero de 2013 (JUR 2013\124440) que, aplicando los Reglamentos de coordinación de Seguridad Social de la Unión, entiende que no existe en el Derecho español, tal y como exigen aquéllos, una previsión expresa que incompatibilice el indicado complemento con el trabajo o las pensiones obtenidas en el extranjero, con cita de la STJCE de 22 de octubre de 1998 (C-143/1997, asunto *Office national des pensions (ONP)* contra Francesco Conti).

conclusión de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social carecería de fundamento legal, tanto por lo que hace a la normativa española aplicable (arts. 196.2 TRLGSS y 6 del Decreto 1646/1972) como a la de la Unión Europea [el mencionado Reglamento (CE) nº 883/2004], en la que fundamentar la declaración de incompatibilidad, de la que hace derivar la pérdida del incremento del 20 % sobre la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total.

Como se ha podido comprobar, la cuestión venía siendo objeto de controversia desde hace tiempo[26]. Sin embargo, sobre la concreta cuestión de la compatibilidad del incremento del 20 % de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total con una pensión de jubilación de origen extranjero nunca se había pronunciado el Tribunal Supremo. Y es que, al entender aplicable a este supuesto la doctrina relativa a la incompatibilidad del mismo con pensiones de dicha naturaleza causadas en otro régimen de la Seguridad Social española[27], había procedido a desestimar mediante auto los distintos recursos de casación para la unificación de doctrina presentados al respecto[28]. Ahora bien, no debe perderse de vista que los supuestos son bien distintos: dicha postura jurisprudencial, en origen, se refería a la incompatibilidad entre el mencionado incremento de la pensión de incapacidad permanente total y otra pensión con causa en otro régimen de nuestro sistema de Seguridad Social mientras que el caso que nos ocupa conlleva la existencia de sendas pensiones lucradas por distintos sistemas de Seguridad Social pero dentro de la Unión Europea o Suiza.

No fue sino hasta el año 2018 cuando el Tribunal Supremo se pronunció sobre esta concreta cuestión y lo hizo tras haber recaído al respecto la STJUE de 15 de marzo de 2018 [C-431/16, asunto Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra José Blanco Marqués], que deriva de la cuestión prejudicial

[26] La cuestión no estaba exenta de polémica ni siquiera en el seno de las secciones que componen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, sirviendo como ejemplo la de Galicia, que en su sentencia de 22 de febrero de 2018 (JUR 2018\127887) llegó a declarar que "esta Sala de suplicación ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión ahora debatida existiendo una discrepancia entre sus secciones en torno a la misma, ya que mientras una parte entendía que el desconocimiento del origen y del régimen de la prestación extranjera no permite declarar la incompatibilidad de la misma con el incremento del 20 % [STSJ de Galicia de 11 de septiembre de 2017 (JUR 2017\243570) ,de 18 de octubre de 2016 (AS 2016\1611), o la citada por sentencia de instancia de 19 de enero de 2017 (JUR 2017\41642)], esta sección resolvía en el sentido de que había de estarse a la simple existencia de dicha prestación extranjera, que de por sí es incompatible con la finalidad perseguida por el incremento del 20 % de la incapacidad permanente total [en este sentido, STSJ de Galicia de 6 de octubre de 2017 (JUR 2017\269630)].

[27] Señaladamente, las SSTS de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426) y de 13 de abril de 2005 (RJ 2005\4517), ya mencionadas.

[28] Los AATS de 11 de septiembre de 2014 (JUR 2015\23332), de 24 de febrero de 2015 (JUR 2015\97864), de 18 de noviembre de 2015 (RJ 2016\64) y de 11 de mayo de 2017 (JUR 2017\141589) hacen equivalente la percepción de una pensión de jubilación pagada por el sistema español de Seguridad Social con la satisfecha por otros países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, lo que conlleva la inadmisión de los recursos de casación unificadora interpuestos al entender que versaban sobre una cuestión ya clarificada pues la doctrina aplicable era la recogida en las citadas SSTS de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426) y de 13 de abril de 2005 (RJ 2005\4517). En base a ellas se venía manteniendo la incompatibilidad entre el incremento del 20 % de la incapacidad permanente total y la obtención de rentas bien del trabajo bien sustitutivas del mismo, incluyéndose entre éstas últimas las pensiones de jubilación sin distinguir entre si se habían devengado en España o fuera de España.

planteada ante dicho órgano mediante ATSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de mayo de 2016 (AS 2017\196)[29].

4. LA ESPERADA STJUE DE 15 DE MARZO DE 2018 (ASUNTO BLANCO MARQUÉS): LA DEFINITIVA CLARIFICACIÓN DE LA CUESTIÓN

Como ya se ha adelantado, la STJUE de 15 de marzo de 2018 [C-431/16, asunto Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra José Blanco Marqués] resuelve la cuestión prejudicial presentada por el ATSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de mayo de 2016 (AS 2017\196) sobre interpretación y aplicación de las normas en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social y sus disposiciones antiacumulación[30]. Concretamente, se plantea si el artículo 6.4 del Decreto 1646/1972, que establece que el complemento del 20 % de la base reguladora en favor de los pensionistas de incapacidad permanente total para su profesión habitual mayores de 55 años quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo, constituye una norma antiacumulación en el sentido de los artículos 12, 46 *bis*, 46 *ter* y 46 *quater* del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y 5, 53, 54 y 55 del Reglamento (CE) nº 883/2004, y, si en caso afirmativo, es aplicable la citada norma antiacumulación española (con su ampliación, por vía jurisprudencial, a la percepción de una pensión de jubilación) a las prestaciones o ingresos adquiridos en el extranjero (una pensión de jubilación originada en Suiza en el caso analizado por la misma), y si se trata de prestaciones de igual o distinta naturaleza.

De esta forma, el TJUE se pronunció respecto a la interpretación de los mencionados artículos de los Reglamentos nº 1408/71 y nº 883/2004, que recogen una suerte de cláusula de reducción para casos de acumulación, en un mismo beneficiario, de una prestación originada en España y de otra causada en otro Estado miembro de la Unión Europea (incluyendo también a Suiza y a los países integrantes del Espacio Económico Europeo).

[29] En la misma dirección, ATSJ del País Vasco de 14 de febrero de 2017 (AS 2017\353), planteando ante el TJUE cuestión prejudicial del siguiente tenor: para un perceptor de una pensión de jubilación por transformación de la prestación de incapacidad permanente total por cumplir los 65 años, que percibe un complemento del 20 % por la edad, al que se le reconoce una prestación de jubilación del Estado alemán, ¿debe entenderse el artículo 53.3.a) y d) del Reglamento (CE) nº 883/2004 como una de las disposiciones en contrario a que se refiere su artículo 5?; a efectos del artículo 53.3.a) del citado Reglamento, ¿cabe entender que la regulación española del complemento del 20 % en la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual es una legislación que establece que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero?; ¿cabe entender contraria al artículo 53.3.a) del mencionado Reglamento la práctica administrativa y judicial española que suspende el cobro del complemento del 20 % en la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual cuando el beneficiario accede a pensión de jubilación de otro Estado miembro? y ¿ha de entenderse incompatible con el artículo 53.3.d) del Reglamento que el complemento del 20 % en la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual se suspenda también en la parte que supera la cuantía de la pensión causada en el otro Estado miembro? La misma se encuentra aún pendiente de resolución [C-141/17, asunto José Luis Cabana Carballo contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)].

[30] *In extenso* sobre la normativa comunitaria de coordinación y el cúmulo de prestaciones, CARRASCOSA BERMEJO, D.: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social: ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, pp. 89-101. En particular, sobre la eventual aplicación de una clausula anticúmulo en casos de incapacidad permanente total cualificada, TRILLO GARCÍA, A. R.: "Algunos problemas en relación con la pensión de incapacidad permanente total", ob. cit., pp. 1069-1076.

Sin perjuicio de la fundamentación recogida en la STJUE en el asunto Blanco Marqués[31], a la cual se remite para no alargar en exceso este estudio, cabe señalar las principales conclusiones alcanzadas por la misma:

1) Una disposición nacional, como el artículo 6 del Decreto 1646/1972, en virtud de la cual el complemento de la pensión de invalidez permanente total quedaría suspendido durante el período en el que el beneficiario de la misma perciba una pensión de jubilación en otro Estado miembro o en Suiza, constituye una cláusula de reducción en el sentido del Reglamento [artículo 12.2 del Reglamento (CEE) nº 1408/71].

2) El mencionado Reglamento [art. 46 *bis*.3.a)] debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "legislación del primer Estado miembro" allí recogido incluye la interpretación que un órgano jurisdiccional supremo haya realizado de una disposición legislativa nacional, lo que da entrada a la interpretación extensiva del supuesto de incompatibilidad recogido en el mencionado artículo 6.4 del Decreto 1646/1972 defendida por nuestro Tribunal Supremo [STS de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426)] que afecta al caso de percepción de una pensión de jubilación de origen nacional o extranjero, aunque sobre esta última cuestión nunca se había pronunciado expresamente mediante sentencia pues había desestimado a través de auto los recursos de casación unificadora presentados en la materia.

3) Un complemento de la pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en otro Estado son de la misma naturaleza en el sentido del Reglamento.

4) El citado Reglamento [artículo 46 *ter*.2.a)] debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del artículo 6 del Decreto 1646/1972, no es de aplicación a una prestación calculada sin totalización si la misma no está incluida en el anexo IV del mismo Reglamento.

Por todo ello, cabría concluir la compatibilidad del complemento español por incapacidad permanente total con la pensión de jubilación abonada por otro Estado cuyo sistema de Seguridad Social queda dentro de los márgenes del ámbito de aplicación de la mencionada norma.

5. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA EN LA MATERIA POR NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO: CAMBIO DE CRITERIO Y CONSOLIDACIÓN

Para adecuar la doctrina española a los dictados de la STJUE de 15 de marzo de 2018 (asunto Blanco Marqués) antes citada, y dadas las características y trascendencia de la cuestión jurídica planteada, el Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo debería proceder al análisis de esta controversia en cuanto se le plantease la oportunidad. De esta forma, el Tribunal Supremo, sumándose así a la mencionada resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cambiaría de criterio y se pronunciaría a favor de la compatibilidad del

[31] Un magnífico comentario de la misma en QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: "Compatibilidad entre el complemento español de pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación de otro estado miembro o de Suiza", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16 (2018), pp. 183-196.

citado complemento con la pensión de jubilación/vejez originada en otro Estado miembro de la Unión o en Suiza.

La primera resolución de nuestro Tribunal Supremo que conoció de la materia tras haber sido dictada la STJUE sobre el asunto Blanco Marqués fue la STS de 29 de junio de 2018 (RJ 2018\3970), cuyo ponente fue el Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro, donde se planteaba la cuestión de la compatibilidad entre el porcentaje adicional propio de las prestaciones de incapacidad permanente total española y una pensión de vejez francesa[32]. A ella se han ido adhiriendo, además de la resolución comentada [STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5560)], las distintas sentencias recaídas en la materia desde entonces: las SSTS de 9 de octubre de 2018 (RJ 2018\5141, RJ 2018\5142, RJ 2018\5143 y RJ 2018\5329), que enjuician supuestos de pensiones de origen holandés, polaco, suizo y alemán, respectivamente; de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5552), relativa a una pensión alemana, y de 15 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5937), en relación a una prestación de jubilación francesa. En tanto todas ellas se remiten a los fundamentos recogidos en la primera citada, resulta oportuno analizar los argumentos por ésta esgrimidos a favor de la compatibilidad entre el complemento español de la pensión por incapacidad permanente total y la pensión de jubilación originada en otro Estado miembro de la Unión o Suiza.

El Tribunal Supremo procede a corregir su anterior criterio sentado en auto considerando aplicables las ya mencionadas SSTS de 26 de enero de 2004 (RJ 2004\2426) y de 13 de abril de 2005 (RJ 2005\4517). Así, pone de manifiesto que las mismas no contienen la doctrina aplicable a los supuestos de percepción conjunta de una pensión de incapacidad permanente total cualificada con una pensión de jubilación sufragada por otro Estado miembro de la Unión y subraya "lo diferente que resulta que el mismo sistema abone dos prestaciones […] a que lo hagan dos distintos sistemas de Seguridad Social y que cada uno de ellos atienda sólo a las cotizaciones realizadas en el seno del mismo […]". Por ello, no puede sino, de alguna forma, censurar su propia actuación anterior de no admitir a trámite los recursos presentados.

Precisamente, por discutirse la compatibilidad del incremento del 20 % propio de la incapacidad permanente total cualificada con la percepción de una pensión por jubilación devengada fuera de España, pero dentro del ámbito de la Unión Europea, procede a buscar respuesta a dicha cuestión en la normativa comunitaria sobre coordinación de Seguridad Social: señaladamente, en el Reglamento (CE) nº 883/2004. Tras enumerar distintos preceptos del mismo en materia de normas antiacumulación, centra la atención en su artículo 53.3.a), que "regula la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza (como son las de incapacidad permanente y jubilación) y establece que a esos fines sólo es posible tener en cuenta las prestaciones adquiridas en otro Estado miembro cuando la legislación nacional establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero". En tanto, hasta la fecha no existe en nuestro ordenamiento interno previsión expresa al respecto como exige el citado Reglamento y especifica igualmente la STJUE

[32] Antes del pronunciamiento unificador del Tribunal Supremo en la materia, ya había resoluciones judiciales que se hacían eco de lo expuesto en la STJUE en el asunto Blanco Marqués: sirva como ejemplo, la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2018 (AS 2018\2093), sobre pensión de jubilación de origen alemán.

sobre el asunto Blanco Marqués[33], aunque se trata de pensiones de la misma naturaleza, las mismas resultan compatibles. Dicho de otra manera, no existiendo en nuestra legislación una previsión específica que declare la incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación no nacional con el incremento del 20 % de la prestación de incapacidad permanente total nacional, ambas han de reputarse compatibles.

De esta forma, como señala la propia STS de 29 de junio de 2018 (RJ 2018\3970), "la claridad de la norma en cuestión [similar al precedente artículo 46.*bis*.3.a) del Reglamento (CEE) 1408/71], su especificidad (va referida a los supuestos de previsiones sobre compatibilidad o «acumulación») y la doctrina de la STJUE *Blanco Marqués* (aunque allí se trata de pensión abonada por Suiza) abocan a esa conclusión". Así, se produce un cambio de criterio que determina que la incompatibilidad que se venía propugnando del complemento de la incapacidad permanente total con el percibo de una pensión de jubilación no alcanza a los supuestos en que esta última se origina en otro Estado miembro de la Unión en sentido amplio, limitándose así a las pensiones españolas de jubilación.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA VOZ DE ALARMA PARA PROCEDER A LA AMPLIACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES EN CASO DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA?

Tal como ha quedado sentado por la jurisprudencia unificada que, como se ha dicho, sigue las directrices de la STJUE de 15 de marzo de 2018, la percepción del 20 % de complemento sobre la pensión de incapacidad permanente total resulta compatible con la pensión de jubilación abonada por un Estado miembro de la Unión Europea o Suiza. Ello se debe a que nuestra normativa interna no establece que se tengan en cuenta las prestaciones adquiridas en el extranjero al regular la compatibilidad del mismo, circunstancia exigida por el artículo 53.3.a) del Reglamento (CE) nº 883/2004.

Según los datos más actualizados, nuestro sistema de Seguridad Social está abonando 261.523 pensiones de incapacidad permanente total cualificada, ascendiendo la cuantía de la prestación media a 949,55 €[34]. Aunque no se hayan podido obtener datos sobre cuántas de ellas podrían estar siendo actualmente o podrían a futuro ser compatibilizadas con pensiones de jubilación procedentes de otro Estado miembro de la Unión, es de suponer que el número podría ser bastante elevado teniendo en consideración las altas tasas de emigración española a zonas industriales de Europa Occidental durante la década de los sesenta, fenómeno que, con unas características distintas, ha vuelto a tener lugar como consecuencia de la crisis financiera que nos azota desde el año 2008[35].

[33] Como manifiesta la STS de 29 de junio de 2018 (RJ 2018\3970), criterio que continúa la resolución comentada, aunque en los casos enjuiciados resulta aplicable el Reglamento (CE) nº 883/2004 y la STJUE de 15 de marzo de 2018 se fundamenta en el articulado del Reglamento (CEE) nº 1408/71, ello no constituye obstáculo alguno pues "la continuidad de los contenidos básicos entre ambos Reglamentos y la similitud de las previsiones relevantes para resolver tanto el caso Blanco Marqués cuanto el presente permiten trasladar sus conclusiones sin modificación alguna".

[34] Datos actualizados a 29 de marzo de 2019 disponibles en http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24/EST196.

[35] Pueden consultarse las cifras de migraciones exteriores desde 2008 por año, sexo, grupo de edad, país de destino, nacionalidad (española/extranjera) y país de nacimiento en relación con el país de destino en http://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p277/prov/e01/&file=01010.px.

Por ello, no parece demasiado aventurado prever que, como medida de ajuste financiero, esta nueva tendencia jurisprudencial tenga su consiguiente reflejo en la escueta regulación de la incapacidad permanente total cualificada a fin de clarificar su régimen de incompatibilidades. Así, si la prestación de jubilación reconocida en otro Estado miembro no puede condicionar el derecho del beneficiario al incremento de la pensión de incapacidad permanente total porque nuestra normativa de Seguridad Social no establece una específica previsión respecto a dicha incompatibilidad, nada impediría una intervención legislativa en ese sentido en la materia.

nº 19 (2º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad, y limitación del tiempo de trabajo efectivo

Consideration regarding working time: travel time, availability time, and limitation of effective working time

RAQUEL POQUET CATALÁ
PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

En este trabajo se realiza un estudio, tanto desde el punto de vista de la doctrina judicial como jurisprudencial, sobre la configuración del tiempo de trabajo con el fin de delimitar el tiempo de trabajo efectivo, para lo cual se aborda la polémica en torno a los tiempos de disponibilidad, especialmente, la guardia domiciliaria, así como si el tiempo de desplazamiento empleado por los trabajadores forma parte de dicho concepto, y por tanto, debe ser considerado como tiempo de trabajo efectivo. Especialmente, cuando se trata del desplazamiento realizado entre el domicilio del trabajador y su primer cliente diario, así como el desplazamiento entre el emplazamiento del último usuario del día y el domicilio del trabajador para el caso de trabajadores que prestan servicios a domicilio. Asimismo, se analiza su vertiente desde la consideración de accidente de trabajo, y por último, se pone en conexión con las nuevas obligaciones empresariales de registrar la jornada de trabajo y respetar el derecho de desconexión digital de los trabajadores.

Palabras clave

Tiempo de trabajo; Desplazamiento; Guardia domiciliaria; Registro jornada; Desconexión digital

Abstract

This paper uses judicial and jurisprudential principles to study the configuration of working time in order to delimit effective working time, thereby addressing the controversy on availability times, especially standby times at home, as well as whether time spent by the workers is part of that concept and, therefore, should be considered as effective working time. In particular, when it comes to the trip between the worker's home and their first daily client, as well as the trip between the location of the final user of the day and the worker's home in the event of workers who provide home services. Likewise, its aspect is analysed from the consideration of workplace accidents and related to the new company obligations to register the working day and respect the right of workers' digital disconnection.

Keywords

Working time; travel; standby time at home; working day registration; digital disconnection

1. INTRODUCCIÓN

La delimitación del tiempo de trabajo y del tiempo de descanso es uno de los elementos esenciales de la relación laboral, pues no cabe duda de su importancia en relación a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, objetivo último de toda sociedad. Es decir, el poder establecer una jornada de trabajo que le permita al trabajador delimitar la vida privada y el trabajo es el fin que se persigue desde el inicio de las relaciones laborales, aspecto que aún no se ha conseguido, a pesar de su importancia.

Fecha Recepción: 11-4-2019 – Fecha Revisión: 29-4-2019 – Fecha Aceptación: 3-5-2019
Pag. 171-198

De hecho, la Declaración Universal de los Derechos Humanos[1] establece en su art. 24 el derecho de toda persona "*al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas*". Asimismo, el art. 7 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[2] reconoce el derecho de toda persona al disfrute de las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren "*el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos*".

Por su parte, no más significativo de la importancia de este aspecto lo constituye el dato fáctico de que el primer Convenio de la OIT, su núm. 1[3], aborda a nivel internacional la regulación de la jornada de trabajo, fijando una limitación de la misma. No obstante, no es éste el único Convenio que regula la jornada de trabajo, siendo otros muchos los que contiene regulaciones sobre la delimitación del tiempo de trabajo y de descanso, como el Convenio núm. 14 sobre descanso semanal en la industria[4], el Convenio núm. 30 sobre horas de trabajo en comercio y oficinas[5], el Convenio núm. 49 sobre la reducción de las horas de trabajo[6], el Convenio núm. 51, sobre reducción de las horas de trabajo[7], el Convenio núm. 52 sobre vacaciones pagadas, el Convenio núm. 57 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación, o el Convenio núm. 61 sobre las horas de trabajo y el descanso, entre otros.

A nivel europeo, la Directiva 2003/88/CE[8] regula una serie de disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, en concreto, la duración del tiempo de trabajo, todo ello con el fin de mejorar la seguridad y salud de los trabajadores, para que disfruten de unos períodos de descanso. En definitiva, los principales objetivos de la citada Directiva son paliar las consecuencias negativas en que el tiempo de trabajo tiene sobre la salud y la seguridad en el empleo, buscar vías para encontrar un equilibrio entre la seguridad y la salud de los trabajadores, y la ordenación flexible del tiempo de trabajo.

Asimismo, la exposición de motivos del RDL 8/2019[9] señala que "*las reglas sobre limitación de la jornada laboral son uno de los elementos que están en el origen del Derecho del Trabajo. Estas reglas se configuran como un elemento de protección de las personas trabajadoras y se aglutinan en torno al establecimiento legal de una jornada máxima de trabajo y su indisponibilidad para las partes del contrato de trabajo, al ser normas de derecho necesario. La realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada laboral legal o convencionalmente establecida incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo, al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar, y el salario*".

[1] De 10 de diciembre de 1948.
[2] De 16 de diciembre de 1966.
[3] De 28 de noviembre de 1919.
[4] De 17 de noviembre de 1921.
[5] De 28 de junio de 1930.
[6] De 25 de junio de 1935.
[7] De 23 de junio de 1936.
[8] De 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.
[9] De 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

Por tanto, el poder concretar la jornada de trabajo o el tiempo computable como de trabajo va a permitir la delimitación entre vida laboral y vida personal y/o familiar. Y es en este contexto donde surge la problemática en torno a la consideración de los desplazamientos o viajes como tiempo de trabajo.

2. CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO

No existe en el ordenamiento jurídico una definición de tiempo de trabajo. Según un sector doctrinal el concepto de tiempo de trabajo alude al "encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador"[10], es decir, al "tiempo que cada día invierte el trabajador en cumplir sus obligaciones para con el empresario, derivadas del contrato de trabajo"[11].

El art. 2 Directiva 2003/88/CE señala en su apartado 1 que el tiempo de trabajo es "*todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales*".

Por su parte, la doctrina judicial comunitaria señala que, en base a dicho precepto, se establecen tres requisitos en la definición del concepto de trabajo, cuales son permanecer en el trabajo, permanecer a disposición del empresario y permanecer en el ejercicio de la actividad o funciones que desarrolla el trabajador[12]. El tribunal comunitario entiende que el tiempo dedicado a atención continuada de los médicos de atención primaria en régimen de presencia física debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, pero si se presta en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios. Por tanto, considera que es tiempo de trabajo "todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, matizando que dicho concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos, o es tiempo de trabajo o lo es de descanso".

En definitiva, según la Directiva comunitaria y la doctrina judicial comunitaria, para hallar el concepto de tiempo de trabajo debe acudirse a la legislación y la práctica nacional del Estado miembro, siempre que no se aparte de los requisitos previstos por la citada Directiva, anteriormente señalados.

En el ámbito interno, el art. 34 ET indica en su apartado 1 que "*La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo*". Asimismo, en su apartado 5 establece que "*el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*".

[10] PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F; MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: "La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores", *RMTI*, núm. 58, 2005, p. 57.

[11] IGLESIAS CABERO, M.: "Cómputo de la jornada efectiva de Trabajo", VV.AA., *Estudios sobre la jornada de Trabajo*, Madrid, ACARL, 1991, p. 291.

[12] STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, Asunto SIMAP, en la que se plantea "si el tiempo invertido por los médicos afectados que realizan turnos de atención continuada mediante sistema de localización, debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o solo aquél tiempo efectivamente invertido en la relación de la actividad para la que sean llamados según la práctica nacional española".

Ello significa que el tiempo de trabajo o la jornada de trabajo comienza a computar desde el momento en que el trabajador está presente en su puesto de trabajo preparado para trabajar, excluyendo, en principio, todo el tiempo destinado a realizar aquellas actividades previas preparatorias a la llegada al puesto de trabajo o posteriores a la retirada del mismo. No obstante, la realidad evidencia, como se ha señalado, que dicha delimitación no es sencilla, y existen diversas zonas grises en las que el debate permanece vivo.

Es decir, desde el punto de vista cuantitativo, esto es, en relación con la determinación del momento inicial y final para computar las horas de trabajo efectivo, el art. 34.5 ET señala que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Así, el inicio del cómputo de la jornada no comenzará hasta que el trabajador esté en su puesto de trabajo y concluirá cuando todavía se encuentre prestando sus servicios. El tiempo de trabajo ha de computarse de modo que, tanto al comienzo, como al final de la jornada diaria, el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Se trata del trabajo efectivamente realizado, comprendido desde la llegada hasta el abandono del puesto de trabajo. Queda limitado, en definitiva, al tiempo útil, a aquél en el que se realiza una actividad productiva. De ahí, que se plantee la problemática en relación con las actividades relacionadas ex ante o ex post con la prestación laboral, pero independientes de ella, que, en principio, quedan eliminadas del cómputo de la jornada[13]. Se trata del tiempo dedicado, por ejemplo, al desplazamiento desde y hasta el lugar de trabajo, el cambio de ropa o el tiempo invertido en el aseo personal. Estas actividades, en principio, quedan fuera de la consideración de tiempo de trabajo efectivo, pero no se cierra la puerta a que sea la negociación colectiva o el contrato de trabajo, quienes acuerden su retribución e, incluso, considerándolo como tiempo de trabajo efectivo.

De hecho, por un lado, el ET computa como tiempo de trabajo determinados períodos en los cuales no existe, en realidad, ningún trabajo efectivo, como son los permisos del art. 37.3 ET, las vacaciones anuales o los períodos de tiempo no trabajados por causas imputables al empresario. Por otro lado, el citado art. 34.5 ET ha señalado que no se considera tiempo de trabajo aquel período de tiempo anterior o posterior que tiene como fin preparar al trabajador para el inicio o fin de su actividad. Es decir, ello significa que no se considera tiempo de trabajo aquel período de mera presencia, espera, acceso o salida del trabajo, el tiempo dedicado al cambio de ropa, o al aseo posterior, salvo que se trate de actividades presencialmente peligrosas, tóxicas, irritantes o infecciosas.

Por el contrario, nuestro alto tribunal considera tiempo de trabajo el período transcurrido desde que se cumple con una obligación previa a la llegada al centro o con una posterior a su abandono, como la recogida y entrega de las armas por parte de los vigilantes de seguridad[14], así como el tiempo invertido por los enfermeros en la continuidad asistencial del personal de enfermería, denominado "tiempo de relevo" o de "solape"[15]. Argumenta el TS que, según el citado art. 2 Directiva 2003/1988, "se entenderá por: 1) tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las

[13] ROQUETA BUJ, R.: "La jornada de trabajo y su determinación", GOERLICH PESET, J. M., (Dir.) *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 80.
[14] STS de 18 de septiembre de 2000, rec. núm. 1696/1999.
[15] STS de 20 de junio de 2017, rec. núm. 170/2016.

legislaciones y/o prácticas nacionales; 2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo". Considera, en fin, que de acuerdo con la legislación española debe considerarse como tiempo efectivo de trabajo los tiempos de "solape" en tanto que "se trata de obvia actividad profesional, resulta de absoluta necesidad –que no ya mera conveniencia– para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermeros ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno".

De igual forma, a pesar de su finalidad preparatoria o instrumental, se contabiliza como tiempo de trabajo los períodos de formación del trabajador relativos a la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales, pues deberá impartirse dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas pero con el descuento en aquélla y del tiempo invertido en la misma (art. 19.2 LPRL), y los correspondientes a la formación necesaria para la adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. Así, se ha considerado tiempo de trabajo el período dedicado fuera del horario habitual a la obtención del certificado de formación necesario para renovar el ADR, pues el tiempo invertido en dichas actividades formativas ha de considerarse tiempo de trabajo efectivo y ha de ser remunerado como tal[16].

Sin embargo, no considera como tiempo de trabajo los siete minutos y medio de descanso para el bocadillo que la empresa estaba ofreciendo, pues estima que "hemos de partir del dato de que no constituye condición más beneficiosa el que la empresa viniera tolerando que diariamente se computaran los 7,5 minutos de descanso para el bocadillo como tiempo de trabajo efectivo. Partiendo de tal premisa se concluye que la empresa puede decidir unilateralmente –como ha hecho a partir del año 2014– que dicho descanso para bocadillo deje de considerar tiempo de trabajo, lo que irremisiblemente acarrea el que anualmente hayan de realizarse 1768 horas de trabajo efectivo, –a diferencia de lo que se había considerado en años anteriores–"[17].

3. TIEMPOS DE DISPONIBILIDAD

En cuanto a los tiempos de disponibilidad, esto es, aquellos períodos de tiempo en los que el trabajador se encuentra estrechamente conectado al trabajo pero sin estar prestando servicios en sentido estricto, surge también el debate en cuanto a su consideración o no como tiempos de trabajo, diferenciándose al efecto entre guardias de presencia física, guardias de localización, y tiempos de presencia.

En primer lugar, el tiempo de presencia se refiere a aquel período de tiempo en el que debido a la circunstancia de existe que una prestación de servicios anterior o posterior se exige la previa presencia del trabajador en el lugar de trabajo en el que la prestación se toma y se deja[18], y viene regulado en la Directiva con carácter general, de tal forma que sólo es posible referirse a él si existe una normativa comunitaria específica que así lo recoge. Es decir, sólo es posible pues, su reconocimiento como categoría específica para aquellas actividades excluidas de su ámbito de actuación o que cuenten con una regulación específica. El supuesto tipo se halla en el sector del transporte y del mar, siendo el art. 8 RD 1561/1991

[16] STS de 11 de diciembre de 2017, rec. núm. 265/2016.
[17] STS de 13 de julio de 2017, rec. núm. 2235/2015.
[18] CABEZA PEREIRO, J. et al., *La ordenación del tiempo… op. cit.* p. 85.

el que lo define como "*aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares*".

Según la doctrina judicial[19] la característica propia de este tiempo es que el trabajador, aunque no preste trabajo efectivo, se halle a disposición de la empresa, por lo que se estima que no puede hablarse de tiempo de presencia ni considerarse como tal aquél en el que el trabajador dispone de un tiempo absolutamente libre sin que tenga obligación alguna para con la empresa. No obstante, si la empresa no acredita el abono de dichas dietas de hospedaje y manutención, los intervalos de tiempo entre las horas conducidas no son de pernoctación y descanso y cabe, por tanto, conceptuarlos como tiempo de presencia ya que el trabajador está adscrito al vehículo y a disposición de la empresa[20].

Debe tenerse presente también que el art. 8 RD 1561/1995 fija un máximo temporal de veinte horas semanales en cómputo anual para estos períodos de presencia, que se distribuirán con arreglo a lo pactado colectivamente y deberán respetar los correspondientes descansos. En cuanto a la remuneración de las horas de presencia, se señala que, salvo que se haya acordado su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias[21]. No obstante, debe indicarse que, en la actualidad, según nuestro alto tribunal[22], los tiempos de presencia, como lo es el de "toma y deje" no se corresponden con la jornada normal, sino que atienden a un exceso en la duración de la misma, por lo que no pueden reputarse como jornada ordinaria. Por tanto, como horas extraordinarias que deben considerase, deben así remunerarse, con el mismo valor, como mínimo, que las horas ordinarias, tal y como establece el art. 35.1 ET. Sin embargo, existen supuestos donde el TS[23] ha llegado a fijar ciertas especialidades en su retribución, como por ejemplo, excluir el abono del plus de nocturnidad para las horas de presencia prestadas entre las 22 y las 6 horas, pues se estima que durante dichos tiempos los trabajadores "no llevan a cabo una actividad o trabajo" en sentido estricto.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las guardias de presencia física pueden conceptuarse como aquellos períodos de tiempo durante los cuales el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, a la espera de ser llamado para ejecutar un servicio o trabajo, en

[19] SSTSJ Cataluña, de 19 de abril de 2001, rec. núm. 9074/2000; Galicia, de 8 de julio de 2005, rec. núm. 596/2003.

[20] STSJ Comunidad Valenciana, de 4 de julio de 2006, st. núm. 2337/2006.

[21] Voto particular STS de 20 de febrero de 2007, rec. núm. 3657/2005, que señala que "el tenor literal y contundente de la norma reglamentaria ("Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias": art. 8.3 RD 1561/1995), de contenido prácticamente idéntico al que la Ley quiso dar en el art. 35.1 del ET al régimen retributivo mínimo de las horas extraordinarias, obliga también aquí a secundar la misma pauta interpretativa seguida por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la Ley 11/1994 (entre otras, STS 28/11/2004 –Rec. 976/2004–) con respecto a aquéllas; esto es, que el precio de la hora extraordinaria nunca puede ser inferior al establecido para la hora ordinaria".

[22] SSTS de 23 de diciembre de 2011, rec. núm. 1056/2011; de 7 de febrero de 2012, rec. núm. 1309/2011; de 20 de febrero de 2012, rec. núm. 2241/2011; de 29 de febrero de 2012, rec. núm. 2240/2011; de 2 de abril de 2012, rec. núm. 2661/2011; de 17 de enero de 2012, rec. núm. 1234/2011; de 18 de julio de 2012, rec. núm. 2689/2011.

[23] SSTS de 10 de diciembre de 2004, rec. núm. 63/2004; de 1 de diciembre de 1997, rec. núm. 1709/1996.

actitud de vigilancia y de atención. La doctrina comunitaria[24] ha estimado que el tiempo dedicado a la atención continuada por parte de los equipos de atención primaria, que implica su presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo. Asimismo, ha señalado[25] que "el factor determinante para considerar que los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada que efectúan los médicos en el propio hospital es el hecho de que están obligados a hallarse físicamente presentes en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad". Por ello, considera que los servicios de atención continuada efectuados por los médicos en régimen de presencia física en el hospital constituyen, en su totalidad, tiempo de trabajo a efectos de la Directiva 2003/88/CE; incluso cuando se permitiese a dichos trabajadores descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios.

Nuestra doctrina judicial[26], acogiendo dicha doctrina, ha reafirmado la calificación como tiempo de trabajo efectivo de las guardias de presencia física, señalando además que, en relación con el art. 34.7 ET y el RD 1561/1995, el ET no habilita a los convenios colectivos para crear esas jornadas especiales, sino al Gobierno, así como que el trabajo en hospitales no está previsto como especial a dichos efectos. De esta forma, no resulta válido sustraer del cómputo del tiempo de trabajo efectivo el dedicado a las guardias de presencia, ya que el trabajador se encuentra a disposición del empresario y en el centro de trabajo, si bien con la particularidad de que, aunque el trabajo realizado durante las guardias puede ser irregular, dependiendo de factores imprevisibles, también debe decirse que se trata de un trabajo prestado en horas y circunstancias más incómodas.

Por último, por lo que se refiere a las guardias de localización, éstas hacen referencia a los períodos de tiempo durante los cuales el trabajador se encuentra fuera de su lugar de trabajo y de su tiempo de trabajo sin desempeñar efectivamente sus funciones, pero que está, en cierto modo, a disposición de la empresa, ya que debe estar localizable a través de medios electrónicos, y, en caso de requerirse sus servicios por parte de la empresa, el trabajador debe reincorporarse a su puesto o bien desempeñar sus funciones desde el lugar pertinente. Se trata, en fin, de supuestos en los que el trabajador se halla "potencialmente" vinculado al trabajo, de suerte que, si terminan por requerirse sus servicios, dicha vinculación se materializará y éste deberá reincorporarse a sus funciones. En este sentido, el trabajador puede organizar su tiempo, pero con el requisito de que sea posible su efectiva incorporación al servicio en caso de ser requerido y que dicha incorporación pueda producirse dentro de los parámetros temporales acordados[27].

[24] STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, asunto SIMAP. Literalmente señala que "procede recordar que dicha Directiva define el tiempo de trabajo como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. Además, dentro del sistema de la Directiva 93/104, dicho concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos (...) los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada de los médicos de equipos de atención primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario". En el mismo sentido se pronunció posteriormente en las SSTJUE de 5 de octubre de 2004, C-397/2001 y C-403/2001, caso Pfeiffer; de 1 de diciembre de 2005, C-14/2004, caso Dellas.

[25] STJUE de 9 de septiembre de 2003, C-151/2002, asunto Norbert Jaeger.

[26] STS de 21 de febrero de 2006, rec. núm. 3338/2004.

[27] BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y… op. cit.*

En este sentido, la doctrina judicial comunitaria[28] tuvo que pronunciarse a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ Comunidad Valenciana, en la que cuestionaba si las guardias de presencia física en el centro de trabajo debían considerarse como tiempo de trabajo efectivo o, por el contrario, sólo debían considerarse tiempo de trabajo efectivo los períodos en los que los médicos eran efectivamente llamados para ejercer su actividad. Asimismo, se cuestionaba si las guardias con presencia física en el centro de trabajo debían considerarse jornada ordinaria o jornada especial, tal y como hace la legislación española, en virtud de la cual, estos períodos de atención se retribuyen globalmente y no son tomados en consideración para el cálculo de la jornada máxima semanal. Para poder resolver dicha cuestión el tribunal tuvo que profundizar en la interpretación de la definición de tiempo de trabajo efectivo recogida en la Directiva, concretamente, sobre si deben concurrir los tres requisitos recogidos en la definición, es decir, si sólo se considera tiempo de trabajo el tiempo que el trabajador está a disposición del empresario, en el lugar de trabajo y en el ejercicio de sus funciones. De esta forma, el TJUE[29], tras pronunciarse en relación con las guardias físicas, afirma que la situación en la que se encuentran los médicos de equipos de atención primaria que prestan la atención continuada en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en el centro sanitario, tiene una naturaleza diferente. Considera que, en el caso de la guardia localizable, los médicos, si bien deben estar a disposición del empresario y deben estar localizables, sólo debe considerase tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria.

Según dicha doctrina, el tiempo de trabajo efectivo es aquel período en el cual el trabajador permanece en la empresa a disposición del empresario, y además, ni el legislador ni el tribunal comunitarios han admitido una categoría intermedia de tiempo que se podía denominar de disposición, a caballo entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de trabajo de descanso, por lo que los períodos en los que el trabajador permanece a disposición del empresario pero fuera del lugar de trabajo no pueden ser considerados como tiempo de trabajo efectivo y, son por tanto, tiempo de descanso. Es decir, rige, una concepción binaria del tiempo de trabajo, en virtud de la cual, sólo cabe distinguir entre trabajo efectivo, que se realice en lugar de trabajo y supone estar a disposición del empresario, y el tiempo de descanso que se define, por exclusión, como el tiempo en el que el trabajador no se encuentra en el lugar de trabajo a disposición del empresario.

No obstante, en un caso más reciente, la doctrina judicial comunitaria[30] sobre la consideración del tiempo de guardia domiciliaria como tiempo de trabajo o no, ha señalado, aunque sin apartarse de su concepción estrictamente binaria entre tiempo de trabajo y descanso, que el tiempo de guardia localizable que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse tiempo de trabajo. Para ello, se apoya en que entre los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo del art. 2 Directiva 2003/88 no figuran la intensidad del

[28] STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, asunto SIMAP.
[29] STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, asunto SIMAP. En el mismo sentido lo entiende en la STJUE de 9 de septiembre de 2003, C-151/2002, asunto Norbert Jaeger.
[30] STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, asunto Matzak.

trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste[31]. Además, la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo durante el período de guardia deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones, aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varía según las circunstancias[32]. Teniendo en cuenta la diferencia entre guardia de presencia física y guardia localizada, considera que en el caso en que el trabajador debe responder a las convocatorias del empresario en un plazo de ocho minutos, aun estando en situación de guardia localizable, el hecho de que esté sometido a una restricción tal que "desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales".

Por otro lado, por lo que se refiere a la retribución de las guardias, aporta una solución un tanto confusa, puesto que el Tribunal intenta anudar como debe retribuirse la guardia domiciliaria según se considere tiempo de trabajo o tiempo de descanso. La diferente retribución del tiempo de trabajo o del tiempo de descanso, de uno y de otro, no tiene incidencia en la valoración de si las guardias domiciliarias deben considerarse como tiempo de trabajo. En todo caso, el TJUE determina que la Directiva 2003/88/CE no establece la obligación de regular el salario o la retribución de las guardias domiciliarias en función "de la calificación de estos períodos como tiempo de trabajo y períodos de descanso". Es menester destacar que el elemento clave en esta sentencia para determinar la guardia localizada como tiempo de trabajo efectivo es el período de tiempo del que dispone el trabajador para responder a la llamada del empresario. Efectivamente, si bien el trabajador no tiene la obligación de estar presente en el puesto de trabajo, sí debe hacerlo en un tiempo no superior a ocho minutos, provocando esa exigencia la limitación de la libertad personal del trabajador. Utiliza, por tanto, el elemento temporal para definir en el supuesto concreto que la guardia domiciliaria, en realidad, es una guardia de presencia.

En definitiva, según la doctrina judicial comunitaria aquella situación de guardia localizable donde el trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio estando a disposición del empresario con la obligación de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos debe ser considerada como tiempo de trabajo.

Por su parte, nuestro alto tribunal[33] también se ha pronunciado en sentido similar al afirmar que la situación de disponibilidad, en la que el trabajador únicamente está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias. Pero, si el trabajador es requerido durante dicho tiempo de disponibilidad para realizar un trabajo, habrá de llevarlo a cabo remunerándose el tiempo invertido en el mismo de igual forma que las horas extraordinarias. Según el TS[34], la diferencia entre las guardias físicas y las de localización se halla en que en estas últimas el trabajador puede, aunque con ciertas limitaciones, mantener determinadas opciones

[31] STJUE de 1 de diciembre de 2005, C-14/2004, asunto Dellas.
[32] STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, asunto SIMAP.
[33] STS de 29 de noviembre de 1994, rec. núm. 752/1994. En el mismo sentido, SSTS de 22 de julio de 1996, rec. núm. 197/2006; de 2 de julio de 1997, rec. núm. 4249/1996.
[34] STS de 27 de enero de 2000, rec. núm. 27/2008.

personales o familiares, aspecto que no es posible en las guardias de presencia, donde existen más restricciones.

Asimismo, se diferencia en relación con las guardias de localización si sobre las mismas existe o no llamada al trabajo, de tal forma que cuando el trabajador es requerido para prestar sus servicios estando en guardia localizada ésta es equiparada a las guardias de presencia, y por tanto, al tiempo de trabajo efectivo, mientras que cuando durante las guardias localizadas se encuentra a disposición de prestar servicios y no es llamado para prestarlo no será considerado como tiempo de trabajo[35].

Por consiguiente, la doctrina jurisprudencial[36] considera que los períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo no son tiempo de trabajo, sino de descanso. No obstante, ha admitido, en cierta forma, la necesidad de retribuir la disponibilidad inmediata del trabajador, señalando así la obligación de compensar los períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo en los que se obliga al trabajador a responder con carácter inmediato a la llamada del empresario[37]. En concreto, en el caso de los vigilantes jurados que son contratados para estar localizables a través de un teléfono móvil ante la llamada del empresario y sólo eran retribuidos por el tiempo de trabajo efectivo y no por las horas en las que estaban localizados, aunque no tienen derecho a la percepción de un plus de disponibilidad no pactado ni en convenio ni en contrato, precisa que la no percepción del citado plus no significa que el tiempo de disponibilidad no suponga un coste personal de su libertad, o que dicha disponibilidad no deba ser compensada, sino que la compensación se incluye en el importe del salario pactado como retribución total, tal y como se halla regulada la relación laboral de dichos trabajadores. Así también, más recientemente, se ha considerado que el sistema de guardias no presenciales durante las cuales los técnicos de mantenimiento de aeronaves se mantienen a disposición de la empresa con un margen de reacción de máximo 50 minutos no equivale a tiempo de trabajo, salvo que durante la guardia se realice un servicio[38].

La doctrina judicial más reciente[39], teniendo presente la doctrina comunitaria que matiza la concepción del tiempo de guardia localizada como tiempo de trabajo efectivo cuando existe un breve período tiempo de respuesta, ha estimado que el período de localización es compatible con el descanso, pues se apoya en la doctrina europea que establece que no hay estadio intermedio entre trabajo y descanso, y que el período de localización fuera del centro de trabajo sin actividad efectiva, no computa como trabajo. Considera que en estas situaciones, lo más importante no es la proximidad al centro de

[35] SSTS de 27 de enero de 2005, rec. núm. 5539/2003; de 12 de julio de 1999, rec. núm. 2979/1998; de 18 de febrero de 2000, rec. núm. 4289/1998.

[36] STS de 27 de enero de 2009, rec. núm. 27/2008, que enjuicia el conflicto planteado por los pilotos de helicópteros del servicio de guardacostas de la Xunta de Galicia que reclamaban que se considerase como tiempo de trabajo efectivo las guardias de localización fuera del lugar de trabajo. Durante estos tiempos de guardias los trabajadores solo disponían de 30 minutos para responder a la llamada del empresario, trasladarse a la base, ponerse la indumentaria adecuada y sacar la nave del hangar. Entendía que la rapidez de respuesta conllevaba una limitación de movimientos que justificaba la consideración de estas guardias como presenciales y no de simple localización. No obstante, el TS considera que como no estaba obligado a permanecer en el lugar de trabajo, no era tiempo de trabajo efectivo.

[37] STS de 10 de marzo de 2005, rec. núm. 942/2004.

[38] STS de 18 de noviembre de 2016, rec. núm. 234/2015.

[39] STSJ Madrid, de 25 de julio de 2018, proc. núm. 326/2018.

trabajo exigido o el tiempo máximo en quien deba contestarse al requerimiento del empleador, sino la claridad del tiempo, de tal forma que en la medida en que no se imponen a los trabajadores en período de localización unas condiciones tan restrictivas "que conviertan en ilusoria la posibilidad de invertir ese tiempo en descanso o en sus intereses personales"[40] no puede ser considerado tiempo de trabajo efectivo. Considera que en el caso de los trabajadores del servicio de prevención – extinción de incendios que se hallan en situación de guardia localizada debiendo presentarse completamente equipados en el punto señalado en un plazo máximo de treinta minutos no es considerado tiempo de trabajo efectivo, puesto que el plazo de tiempo del que disponen para incorporarse no es tan restrictivo como para limitar y restringir el desarrollo de la vida personal del trabajador, especialmente, cuando se trata de un colectivo de trabajadores que prestan servicios en el medio rural, siendo "habitual que residan en localidades cercanas al punto de encuentro y que su vida social se desarrolle normalmente en la zona, y también que los desplazamientos se realicen con más rapidez que en ciudades o grandes aglomeraciones"[41]. Estima, pues, que no puede equipararse a esta situación la suscitada en la STJUE de 18 de febrero de 2018, puesto que el tiempo del que disponen los trabajadores para presentarse en el puesto de trabajo es de ocho minutos.

4. COMPUTO DEL DESPLAZAMIENTO COMO TIEMPO DE TRABAJO, DEBATE NO RESUELTO

En cuanto al concepto del desplazamiento, no se dispone tampoco de un concepto jurídico del mismo. Según el DRAE el desplazamiento es "la acción y efecto de desplazar" y desplazar es definido como "trasladarse, ir de un lugar a otro."

A la hora de delimitar la consideración del desplazamiento como tiempo de trabajo o no, y teniendo presente lo señalado anteriormente en relación al art. 34.5 ET, debe examinarse caso por caso para poder determinar si éste computa o no dentro de la jornada de trabajo. No obstante, como regla general puede señalarse que se excluyen de la jornada laboral los tiempos de trabajo, incluyendo los desplazamientos para actos preparatorios, recogida de uniforme[42], recogida de equipos de trabajo[43] o traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso[44].

De esta forma, tampoco computan los desplazamientos entre el domicilio particular del trabajador y el centro de trabajo donde presta sus servicios habitualmente, incluso cuando el centro de trabajo sea uno distinto al inicialmente convenido por decisión unilateral del empresario[45]. No obstante, según nuestro alto tribunal cuando el desplazamiento se produce desde el centro de trabajo habitual a otro lugar distinto donde se ordena que preste los

[40] STSJ Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, de 23 de abril de 2018, rec. núm. 551/2016.
[41] STSJ Madrid, de 25 de julio de 2018, proc. núm. 326/2018.
[42] SSTSJ Madrid, de 6 de noviembre de 2001, rec. núm. 1266/1999; Galicia, de 14 de mayo de 2004, rec. núm. 1701/1994; Madrid, de 3 de junio de 2006, rec. núm. 2070/2006.
[43] STSJ Andalucía, de 24 de octubre de 2002, rec. núm. 1609/2002.
[44] SSTSJ Castilla-La Mancha, de 28 de diciembre de 2001, st. núm. 1753/2001; Castilla y León, de 6 de octubre de 2005, rec. núm. 667/2005.
[45] STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de diciembre de 2001, rec. núm. 1434/2000.

servicios, el tiempo invertido en dicho desplazamiento, así como su regreso, debe ser considerado tiempo de trabajo[46].

El tiempo de trabajo utilizado en el desplazamiento desde el domicilio del trabajador hasta el puesto de trabajo y viceversa no es considerado tiempo de trabajo[47], pues la jornada se inicia cuando el trabajador se incorpora realmente a su puesto de trabajo, incluso, como ya se ha señalado, aunque el desplazamiento lo sea a otro centro de trabajo diferente al establecido en el contrato asignado por el empresario de forma unilateral.

Por tanto, el centro de trabajo toma su importancia en el momento de fijar el inicio de la jornada de trabajo. Es decir, si bien la diferencia entre centro de trabajo y lugar de trabajo es importante a efectos de la negociación colectiva y determinar los representantes de los trabajadores, no obstante, cuando se trata de desplazamientos es indiferente que se trate de lugar o centro de trabajo, pues la clave se halla en el inicio de la prestación de trabajo y que la actividad se encuentre bajo la dirección del empleador[48].

Como se ha señalado, uno de los aspectos centrales y no resueltos se halla en la conceptuación del desplazamiento como tiempo de trabajo, pues existen numerosas actividades laborales en las cuales el trabajador debe realizar su actividad laboral en diversos emplazamientos, como puede ser el centro de trabajo o el domicilio de un cliente.

Dada la situación de vacío legal al respecto, ha sido la doctrina judicial y jurisprudencial las que han ido pronunciándose al respecto.

La regla general es, como se ha indicado, su no consideración de tiempo de trabajo. No obstante, en el caso de los vigilantes jurados se ha estimado que el tiempo invertido en el desplazamiento al inicio y al final de la jornada desde el centro de trabajo al lugar de prestación de los servicios para recoger o devolver cada día las armas es tiempo de trabajo[49]. Asimismo, se considera tiempo de trabajo aquel desplazamiento de los trabajadores desde el centro de trabajo a distinto lugar donde se ordena la prestación de servicios, así como su regreso[50]. Otro sector judicial considera tiempo de trabajo el destinado al ir y volver del

[46] STS de 24 de junio de 1992, rec. núm. 2010/1991. No obstante, la STSJ Navarra, de 28 de febrero de 1994, rec. núm. 73/1994, no considera tiempo de trabajo aquel que emplean los trabajadores de una empresa del sector de la construcción en los desplazamientos desde la sede de la entidad hasta los lugares de trabajo, pues "siendo el puesto de trabajo aquel en que el trabajador presta su actividad, no cabe afirmar que desde el momento en el que el mismo se presenta en el domicilio de la empresa, está trabajando porque no es ése su puesto de trabajo; no siendo posible reducir la jornada por el tiempo en que el trabajador tarde en desplazarse a su efectivo puesto, ya que legalmente la jornada de trabajo está referida al trabajo efectivamente prestado". También la STSJ Asturias, de 19 de octubre de 2012, rec. núm. 2051/2012, señala que el tiempo invertido por los trabajadores en los habituales desplazamientos a centros de trabajo de la empresa sitos en otras ciudades no es tiempo de trabajo, pues éste solo se computa desde que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

[47] SSTSJ Galicia, de 27 de febrero de 2004, rec. núm. 347/2004; Canarias, de 4 de septiembre de 2001, rec. núm. 600/2001.

[48] GÓMEZ ARBÓS, J.: "Los desplazamientos como tiempo de trabajo", *La Ley*, núm. 49, 2012 (versión on line)

[49] SSTS de 24 de septiembre de 2009, rec. núm. 2033/2008; de 18 de septiembre de 2000, rec. núm. 1696/1999.

[50] SSTSJ Extremadura, de 25 de septiembre de 2001, rec. núm. 446/2001; Andalucía, de 14 de abril de 2000, rec. núm. 836/2000.

trabajo, aunque no directamente desde su domicilio habitual, sino desde un punto determinado de donde salía un autobús para llevar al trabajador a su puesto de trabajo[51].

No cabe duda de que existen determinadas actividades en las que, de aplicarse la literalidad de la normativa, se excluiría de la consideración de tiempo de trabajo ciertos períodos de tiempo, como es el caso del trabajo en el mar, transporte por carretera, hospitalario…De ahí, el surgimiento de determinados conceptos específicos como "horas de guardia", "disponibilidad", "tiempo de espera", "toma y deje"…y de la regulación específica para estos sectores de actividad.

Así, en el sector del transporte y trabajo en el mar se diferencia entre "tiempo de trabajo" y "tiempo de presencia" estimando que constituye tiempo de trabajo efectivo "aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga"[52]. En base a ello, la doctrina judicial considera tiempo de trabajo "todas las horas que hace el conductor adscrito a un juzgado de guardia, dada la naturaleza intempestiva de los servicios y la cantidad de los mismos a lo largo de las horas de guardia, tomando en consideración las especiales características del servicio, la importancia y conflictividad de la capital en que se presta el número de diligencias en que es previsible tengan que practicarse a lo largo del período de disponibilidad"[53]. Por su parte, se considera tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se halla a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en rutas u otras similares.

Cuando se trata de trabajadores que tienen como actividad atender a clientes, la regla general es la de entender que el desplazamiento desde el domicilio del trabajador al emplazamiento del primer cliente así como desde el domicilio del último cliente al del trabajador no se considera jornada de trabajo. Esta premisa ha sido así reiterada tanto por la doctrina judicial comunitaria, como por nuestro alto tribunal. Por un lado, el TJUE[54] ha señalado, ante una cuestión prejudicial planteada por nuestra AN, que para aquellos trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo, debe considerarse tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario. Por tanto, considera que no es ajustado a Derecho la contabilización de la jornada de trabajo que empieza cuando el trabajador llega al centro del primer cliente del día, y termina cuando el trabajador sale del emplazamiento del último cliente. De hecho, en el caso enjuiciado se alegaba que, en determinados casos, el domicilio

[51] STSJ Madrid, de 28 de mayo de 2007, rec. núm. 6306/2006.
[52] Art. 8 RD 1561/1995, de 21 de septiembre.
[53] STSJ Andalucía, de 6 de marzo de 2003, rec. núm. 494/2002.
[54] STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-266/2014, Asunto Tyco, cuestión prejudicial planteada por la AN que concretamente se plantea "¿Debe interpretarse el art. 2 de la Directiva 2003/88 en el sentido de que el tiempo invertido en el desplazamiento al inicio y al final de la jornada realizado por el trabajador que no tiene adscrito un centro de trabajo fijo, sino que ha de desplazarse cada día desde su domicilio al centro de un cliente de la empresa, diferente cada día, y volver a su domicilio desde el centro de otro cliente a su vez diferente, situados siempre dentro de una zona geográfica más o menos amplia, en las condiciones del litigio principal explicitada en los fundamentos de esta cuestión, constituye tiempo de trabajo según la definición de ese concepto dada en el indicado en el artículo de la Directiva o, por el contrario, ha de considerarse como período de descanso?".

de un trabajador hasta el centro donde debe llevar a cabo era superior a 100 kms, o que debido a la intensidad del tráfico el tiempo de desplazamiento era de tres horas.

En el caso planteado el supuesto de hecho es que los trabajadores se dedican a la instalación y mantenimiento de aparatos de seguridad en domicilios y establecimientos comerciales, estando tradicionalmente adscritos a centros de trabajo provinciales, y computándose en dicho momento el inicio de la jornada en dicho centro de trabajo, al que acudían para recoger los vehículos y desde allí se desplazaban iniciándose en dicho momento la prestación de sus servicios. Pero tras la decisión empresarial de cerrar los centros de trabajo provinciales, los trabajadores reciben las órdenes de servicio en sus móviles, con indicación de los centros que deben visitar y los horarios, computándose la jornada de trabajo desde dicho momento cuando los trabajadores inician su actividad una vez que ya han llegado al centro de trabajo del cliente.

El TJUE para dar respuesta a la cuestión planteada procede, obviamente, a examinar si los elementos que constituyen el concepto de "tiempo de trabajo" se dan durante el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes. Asimismo, parte del planteamiento binario, por el cual todo aquello que no esté comprendido en el concepto de tiempo de trabajo está comprendido en el concepto de tiempo de descanso y viceversa. De esta forma, si se examina el primer elemento constitutivo de tiempo de trabajo, según el art. 2.1 Directiva 2003/88, esto es, que el trabajador debe estar en ejercicio de su actividad o de sus funciones, se observa que en el caso enjuiciado anteriormente la empresa sí considera tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento de sus trabajadores entre las oficinas provinciales y los centros del primer y último cliente diarios, pero no consideraba tiempo de trabajo el desplazamiento desde el domicilio del trabajador a las oficinas provinciales. Por tanto, ello significa que la tarea consistente en conducir el vehículo forma parte de las funciones de estos trabajadores, y los desplazamientos que realizan los trabajadores constituyen un instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros de los clientes. Por ello, el tribunal comunitario considera que no tener en cuenta estos desplazamientos tendría como efecto la desnaturalización de dicho concepto y el menoscabo de proteger la seguridad y salud de los trabajadores[55].

En relación al segundo elemento configurador del tiempo de trabajo, esto es, que el trabajador esté a disposición del empresario durante dicho tiempo, en definitiva, estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario y permanecer a disposición de éste, el TJUE estima que la posibilidad de que los trabajadores puedan gestionar su tiempo con menos limitaciones y se dediquen a asuntos personales es un elemento que permite afirmar que el período de tiempo examinado no constituye tiempo de trabajo en el sentido de la citada Directiva. De hecho, en el caso enjuiciado la empresa no fija el itinerario para desplazarse a dichas citas, por lo que los trabajadores tienen libertad para desplazarse siguiendo el itinerario que quieran, pudiendo organizar su tiempo de desplazamiento a su libre decisión. No obstante, ello no empece para afirmar que los trabajadores se hallan a disposición del empresario pues, con anterioridad este margen de libertad ya lo tenían, y porque los trabajadores siguen sometidos a las instrucciones del empresario, quien puede cambiar el orden de los clientes, añadir o anular citas. Es decir, aunque no cabe duda que los

[55] MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: "Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español", *REDT*, núm. 194, 2017 (versión en line).

trabajadores itinerantes disponen de cierta libertad durante el desplazamiento, el factor determinante que condiciona la decisión del trabajador es que debe llegar al centro de trabajo del cliente asignado "a la hora acordada con su empresario".

Por lo que se refiere al tercer elemento constitutivo, esto es, que el trabajador debe permanecer en el trabajo en el período considerado, debe indicarse que, en este caso, si un trabajador que ya no tiene centro de trabajo fijo ejerce sus funciones durante el desplazamiento hacia o desde un cliente, debe considerarse que dicho trabajador permanece igualmente en el trabajo durante el trayecto. El órgano judicial comunitario considera que como los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de los mismos no puede reducirse a los lugares donde ejercen sus cometidos. A mayor abundamiento, se insiste en que la empresa no puede obligar a los trabajadores a asumir el coste del desplazamiento domicilio-cliente, en la medida en que, por tratarse de una situación sobrevenida de la decisión de la empresa de suprimir las oficinas provinciales, los trabajadores perdieron la posibilidad de determinar libremente la distancia que separa su domicilio del lugar habitual de inicio y fin de su jornada laboral.

Por tanto, la determinación del lugar de trabajo en estos casos se configura como un elemento clave. Debe recordarse, no obstante, que según el art. 40.1 ET no se aplican las normas en él establecidas a los traslados de los trabajadores contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas o centros de trabajo móviles o itinerantes. Así, según la doctrina judicial los centros de trabajo móviles o itinerantes se caracterizan por no ostentar una radicación geográfica fija debido a una indeterminación especial del puesto de trabajo o por un emplazamiento múltiple de la actividad empresarial, como sucede en el caso de los centros de trabajo de las empresas de montaje[56] o las de tendido eléctrico o telefónico[57].

La movilidad o itinerancia no se deriva exclusivamente de la naturaleza del centro de trabajo, sino que puede derivar de una decisión empresarial tendente a una mejor satisfacción de los intereses, atribuyendo así el carácter de móvil o itinerante a un centro de trabajo que, en principio, no lo sería[58]. Además, dicha movilidad o itinerancia debe diferenciarse en el sentido de que pueden existir empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes que cumplen las exigencias del art. 1.5 ET, y empresas con unidades móviles vinculadas a centros de trabajo fijo o con trabajadores individualmente móviles o itinerantes[59]. Asimismo, la referencia a los trabajadores contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes del art. 40.1 ET debe entenderse en el sentido de que afecta únicamente a los trabajadores que prestan servicios en esos centros[60], y

[56] STCT de 12 de marzo de 1982; STSJ Cataluña, de 4 de marzo de 2003.

[57] SSTS de 19 de junio de 1995, rec. núm. 1359/1994; de 14 de mayo de 1996, rec. núm. 1245/1995.

[58] SSTSJ Asturias, de 14 de julio de 2000; Asturias, de 17 de noviembre de 2000; Cataluña, de 9 de marzo de 1999.

[59] Así no se consideran centros de trabajo móviles o itinerantes las empresas de construcción, aunque desplacen trabajadores a las distintas obras, ya que, por definición, su actividad no se desarrolla en centros de trabajo móviles o itinerantes, sin perjuicio, naturalmente, de empresas de construcción con centros de trabajo móviles o itinerantes (STS de 13 de abril de 1996). Tampoco se consideran las empresas de transporte de mercancías o de pasajeros, al no constituir centro de trabajo vehículos como un camión, un autobús, un tren o un avión; ni las empresas dedicadas a actividades económicas a realizar por trabajadores individualmente móviles como mensajeros, repartidores, cobradores, reporteros, encuestadores, comerciales o guías turísticos.

[60] STS de 12 de abril de 1996, rec. núm. 1292/1995.

no a cualquier trabajador contratado en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes. Por su parte, la adscripción de los trabajadores a centros de trabajo móviles o itinerantes supone la inaplicación de las garantías para el supuesto traslado en el art. 40.1 ET, pudiendo el empresario acordar así un traslado sin sujeción a dichas reglas. Por último, la exclusión de las garantías de la movilidad geográfica de los trabajadores que prestan sus servicios para centros de trabajo móviles se debe entender con las salvedades del traslado de un centro de trabajo móvil a un centro de trabajo fijo que implique cambio de domicilio, e incluso aunque no le implicase se podría considerar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo[61], de modo que el traslado a otro centro de trabajo diferente obligaría a cumplir el art. 40 ET[62].

De cualquier forma, también es posible la existencia de trabajadores individualmente móviles, esto es, trabajadores adscritos a un centro de trabajo que formalmente es fijo, pero cuyo régimen de trabajo del trabajador es móvil o itinerante, como el caso de aquellos trabajadores de empresas de construcción que los desplazan a las obras, según lo pactado en el contrato de trabajo, los trabajadores de empresas de transporte de pasajeros o mercancías. Dicha circunstancia dificulta, lógicamente, la constancia de la característica de dependencia propia de toda relación laboral. De ahí que se considere que una modificación de la zona de trabajo es una modificación de las condiciones de trabajo y, como tal deberá sujetarse al procedimiento ex art. 41 ET.

En base a lo señalado anteriormente la doctrina judicial comunitaria[63] ha considerado que el desplazamiento del domicilio al emplazamiento del primer cliente del día, como el desplazamiento del domicilio del último cliente del día al del domicilio propio del trabajador de aquellos trabajadores móviles o itinerantes adscritos a un centro de trabajo fijo debe considerarse como tiempo de trabajo.

Por su parte, nuestro alto tribunal, ha estimado que el tiempo de desplazamiento desde el centro de trabajo hasta la primera prestación de actividad fuera del mismo es tiempo de trabajo[64], al igual que se considera tiempo de trabajo el utilizado en los desplazamientos entre los domicilios de los usuarios[65]. Pero, el problema se plantea en relación con el tiempo de desplazamiento que se produce entre el domicilio del trabajador y su primer cliente, y el del desplazamiento entre el último usuario y su domicilio. Aquí, el TS[66], recientemente, se ha pronunciado considerando que el tiempo que los trabajadores de la actividad de ayuda a domicilio dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y último cliente que les asigna su empresario no se estiman tiempo de trabajo. El TS señala que este supuesto de hecho no es equiparable al enjuiciado por el TJUE en el asunto Tyco, pues el convenio colectivo de los trabajadores de ayuda a domicilio no califica el desplazamiento desde el domicilio al primer usuario o desde el domicilio del último usuario al del trabajador como tiempo de trabajo. Es decir, el convenio colectivo de trabajadores de ayuda a domicilio sólo se refiere a los desplazamientos entre servicios y los supuestos de hecho del caso

[61] STSJ Madrid, de 6 de junio de 1990.
[62] MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: "Las directrices de la… *op. cit.*
[63] STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-266/2014, Asunto Tyco.
[64] STS de 24 de junio de 1992, rec. núm. 2010/1991.
[65] STS de 21 de febrero de 2017, rec. núm. 125/2016.
[66] STS de 4 de diciembre de 2018, rec. núm. 188/2017, que confirma la STSJ Castilla y León, de 24 de mayo de 2017, rec. núm. 4/2017.

enjuiciado por el propio TS y del TJUE no son en absoluto coincidentes. Literalmente, señala que "porque en el asunto Tyco Integrated Security SL se había procedido al cierre de las oficinas abiertas en diferentes provincias –la actividad de la empresa se desarrolla en la mayoría de las provincias españolas adscribiendo a todos los trabajadores a las oficinas centrales de Madrid, realizando su trabajo en la zona territorial a la que están adscritos, que comprende la totalidad o parte de la provincia en la que trabajan o, en ocasiones, varias provincias. Se desplazan en un vehículo de la empresa, desde su domicilio a los centros donde han de realizar las tareas de instalación, siendo la distancia muy variable, en ocasiones hasta de 100 Km, debiendo asimismo desplazarse una o varias veces a la semana a las oficinas de una agencia logística de transporte para recoger aparatos, piezas y material. La empresa calcula la duración de la jornada diaria contabilizando el tiempo transcurrido entre la hora de llegada al centro del primer cliente del día y la hora de salida del centro del último cliente, mientras que, con anterioridad al cierre de las oficinas provinciales, la empresa calculaba la jornada desde la entrada en las mencionadas oficinas para retirar el vehículo."

La doctrina judicial considera, como regla general, que las actividades que se suceden desde que se accede al centro de trabajo hasta que se llega al puesto de trabajo, tales como, cambiarse de ropa, equiparse con los equipos de protección individual, intercambiar información con el trabajador de relevo… forma parte de la jornada de trabajo, pues aunque estas actividades "no se imponen por la empresa por capricho sino que obedecen a necesidades propias de la actividad que desarrolla la empresa y a la que se incorpora el trabajo de los demandantes (…) eso no justifica su exclusión de la consideración como tiempo de trabajo, al contrario, pues se trata de tiempo durante el cual los trabajadores realizan funciones propias de su actividad laboral en la empresa e indispensable para el ejercicio de tal actividad dadas las peculiaridades de tal actividad empresarial a la que se incorpora su trabajo"[67]. Asimismo, en relación con las ausencias en un programa informático establecido por la empresa, la doctrina judicial considera que "tanto el Estatuto de los Trabajadores como el convenio colectivo se limitan a establecer la obligación del trabajador de justificar las ausencias, sin más imposiciones para el mismo, por ello, si el empleador dentro de su poder de organización implementa un sistema informático ahorrándose costes de gestión, que requiere de unos determinados medios materiales así como de un determinado tiempo para su realización, es a la empresa a quien corresponde asumirlos, facilitando tanto los medios como el tiempo necesario para la realización de las tareas encomendadas en cumplimiento del mandato empresarial de introducir los datos en la aplicación, lo contrario supondría admitir la obtención de una ventaja empresarial a costa de una agravación de la prestación del trabajador sin obtener beneficio añadido alguno, y quebraría de manera clara el necesario equilibrio de contraprestaciones que todo contrato sinalagmático requiere"[68]. De igual forma, lo estima también tiempo de trabajo el correspondiente al empleado en los desplazamientos para reconocimientos médicos[69].

Así, la doctrina judicial[70] más reciente considera que el tiempo de desplazamiento entre el domicilio de las trabajadoras de ayuda a domicilio y el del primer usuario y entre el domicilio del último cliente y la residencia habitual de las trabajadoras no constituye tiempo

[67] STSJ Baleares, de 4 de abril de 2014, rec. núm. 47/2014.
[68] SAN de 19 de septiembre de 2016, proc. núm. 199/2016.
[69] STSJ País Vasco, de 9 de noviembre de 2009, rec. núm. 1913/2009.
[70] STSJ Galicia, de 23 de mayo de 2017, rec. núm. 1135/2017.

de trabajo. No obstante, en algún caso, también ha estimado que dicho tiempo de desplazamiento de los trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo o habitual debe ser considerado tiempo de trabajo[71]. De igual forma también en el caso de los transportes por carreteras se considera tiempo de presencia el tiempo de desplazamiento desde el domicilio hasta el puesto de trabajo diario entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que le asigna el empresario[72].

5. TIEMPO DE DESPLAZAMIENTO Y ACCIDENTE DE TRABAJO

5.1. Accidente de trabajo en misión

La importancia de considerar el tiempo de desplazamiento como tiempo de trabajo efectivo no es baladí, pues ello afecta directamente a la protección del trabajador en relación con un posible accidente acaecido en dicho desplazamiento. Como es sabido el art. 156.3 LGSS establece una presunción de laboralidad por la cual se considera accidente de trabajo el que acaece en el tiempo y en el centro de trabajo, considerándose que ello se extiende al lugar en que el trabajador se ve precisado a realizar las tareas encomendadas y con la amplitud horaria que requiere el hecho de estar todo el día fuera del domicilio. Surge así el accidente de trabajo en misión, es decir, aquel que se produce durante un desplazamiento del trabajador fuera del lugar de trabajo habitual, siguiendo órdenes e instrucciones de la empresa para llevar a cabo cometidos laborales[73]. Como señala la jurisprudencia, el accidente en misión "ha sido una figura de loable creación jurisprudencial como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que partiéndose de que se producía un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa, a través de dicha figura se ampliaba la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador desplazado, en consideración a la prestación de sus servicios, aparecía sometido a las decisiones de la empresa (incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc.), de tal modo que el deber de seguridad, que es una de las causas de la responsabilidad empresarial, abarcaba todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de los servicios, destacándose que "el lugar de trabajo" a estos efectos es todo lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual"[74].

Así pues, puede señalarse que el accidente de trabajo en misión constituye un accidente de trabajo por sí mismo, pues cumple todos los requisitos del art. 156 LGSS, ya que, en primer lugar, ocurre durante el tiempo de trabajo, esto es, en la jornada ordinaria o bien en una extensión extraordinaria en atención a las circunstancias de la empresa. En segundo lugar, sucede en el lugar de trabajo, ya sea éste el propio vehículo o medio de transporte o cualquier otro designado por el empresario para desarrollar su trabajo, y por último, por consecuencia o con ocasión del desarrollo de la prestación por cuenta ajena. En consecuencia, no es que en el accidente en misión la lesión se produzca fuera del momento y lugar del trabajo, sino que tiene lugar en unas condiciones geográfico-temporales diferentes de las condicionales laborales ordinarias.

[71] SAN de 14 de octubre de 2015, proc. núm. 30/2014.
[72] STSJ Cataluña, de 11 de mayo de 2018, rec. núm. 677/2018.
[73] BLASCO LAHOZ, J.; LÓPEZ GANDÍA, J.; MONPARLER CARRASCO, M.A.: *Curso de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 311.
[74] STS de 16 de mayo de 2013, rec. núm. 2965/2012.

Además de dicha definición, pueden señalarse como características configuradoras de esta institución jurídica, el elemento locativo, el causal y el temporal. Respecto al primer elemento, cabe señalar que en este tipo de accidentes el trabajador se halla realizando un encargo empresarial que le obliga a desplazarse fuera del centro de trabajo habitual, por lo que cabrá entender como lugar de trabajo aquél en el que en cada momento el trabajador desempeña la misión, o bien el vehículo o medio de transporte utilizado mientras dura el desplazamiento. En segundo lugar, respecto al criterio causal, el desplazamiento debe aparecer motivado exclusivamente por razón del cumplimento de la actividad laboral, en función de las concretas órdenes e instrucciones de la empresa para realizar su trabajo y ya sea dentro de las tareas de la propia categoría profesional o de otras diferentes y ocasionalmente asignadas. Por último, en cuanto al elemento temporal, el accidente, en principio, debe sobrevenir en tiempo de trabajo, ya sea durante el desplazamiento, pues durante el mismo se está trabajando, o bien durante el desempeño material del cometido profesional que motivó el desplazamiento, y no en momentos de ocio o descanso, aunque este último aspecto, como luego se estudiará, no está nada claro.

No obstante, no todos los trabajadores prestan servicios fuera de un lugar concreto en iguales circunstancias, de tal forma que cabría diferenciar, por un lado, los profesionales cuya prestación consiste, precisamente, en conducir o manejar un medio de transporte, ya sea de viajeros o de mercancías, en cuyo caso, la jurisprudencia[75] ha precisado que, en sentido estricto, no puede hablarse de accidente en misión, por cuanto el desplazamiento constituye su actividad laboral ordinaria, sin que exista ese desdoblamiento entre trabajo y viaje, que es propio de la misión típica. De cualquier forma, queda claro que estos trabajadores quedan protegidos frente a los eventuales accidentes que puedan sufrir en el desempeño de su tarea a través del régimen común de las contingencias profesionales.

Por otro lado, se hallan aquellos trabajadores cuya prestación no consiste estrictamente en utilizar un medio de transporte, pero han de hacerlo de forma cotidiana para realizar la prestación, tales como viajantes, representantes de comercio o técnicos de mantenimiento. En estos casos, también quedaría totalmente cubierta la protección de dichos trabajadores que han de desplazarse desde su domicilio hasta el del cliente o a la inversa.

5.2. Accidente de trabajo *in itinere*

Por otro lado, como es sabido el art. 156.2 LGSS recoge como accidente de trabajo aquel que sufre el trabajador al ir o volver del lugar o centro de trabajo. Se trata con ello de intentar cubrir a aquellos accidentes sufridos fuera del lugar y del tiempo de trabajo pero en el cual el trabajador está realizando una actividad, que si bien no constituye de forma estricta parte de la prestación laboral, sin embargo, resulta imprescindible para que ésta pueda tener lugar. En realidad, el accidente de trabajo in itinere tiene un origen jurisprudencial, pues su

[75] STS de 6 de marzo de 2007, rec. núm. 3415/2005, que diferencia aquellos supuestos en los cuales la misión encomendada por el empresario es esporádica o eventual de aquella otra actividad en la cual el transporte constituye el trabajo normal o habitual del empleado, siendo entonces el desplazamiento la forma permanente de cumplir la prestación de servicios, considerando que en este último caso no se produce el desdoblamiento entre trabajo y desplazamiento en que la misión consiste. En términos similares, argumentando en caso contrario, todo accidente de trabajo de esta clase de trabajadores habría de ser considerado en misión, STSJ Murcia, de 22 de enero de 2001, rec. núm. 773/2000.

incorporación al ordenamiento jurídico fue por vía judicial[76], incluso antes de ratificar el Convenio núm. 121 OIT[77]. Esta figura jurídica también ha sido objeto de una intensa ampliación jurisprudencial, estableciendo una doctrina cada vez más flexible[78]. La idea básica de esta modalidad de accidente es que éste es de trabajo en aquellos casos en los que no hubiera ocurrido de no haberse ido a trabajar[79].

Tradicionalmente, se ha considerado, según nuestro alto tribunal, que los elementos que configuran el accidente de trabajo in itinere son cuatro[80]. En primer lugar, se halla el requisito teleológico, según el cual la finalidad última del desplazamiento es el elemento clave para determinar que se está ante un accidente de trabajo in itinere. Es decir, el accidente debe sobrevenir al trasladarse el trabajador desde el centro de trabajo a su domicilio o viceversa, de tal forma que debe primar la finalidad laboral del mismo. De esta forma, aquellas interrupciones o desviaciones del trayecto por circunstancias personales o no laborales rompen el nexo causal impidiendo calificar el accidente como de trabajo. No obstante, se ha considerado como accidente in itinere aquellos sufridos en circunstancias relacionadas con el trabajo como el sufrido el ir a cobrar el salario[81] o por actos sociales como el ocurrido al ir o regresar de una comida de trabajo[82].

El segundo requisito es el mecánico, es decir, el hecho de que el trayecto entre el domicilio y el centro de trabajo debe realizarse empleando un medio de locomoción razonable que no suponga un grave peligro y que esté autorizado, ya sea de forma expresa o tácita, por la empresa. Por consiguiente, el empresario no puede limitar los medios de transporte si no ofrece otro medio alternativo, o no existe otro público. El trabajador, pues, no puede utilizar un medio de desplazamiento que haya sido razonadamente y fundadamente prohibido por el empresario[83]. Para determinar la razonabilidad del medio de transporte cabe atender a los usos y costumbres sociales, y a las circunstancias concretas del supuesto. Ello ha conllevado a nuestro alto tribunal a admitir como accidente de trabajo aquél sufrido por el trabajador cuando se desplazaba en patinete[84]. Obviamente, si el trabajador incumple el código de circulación de forma temeraria o conduce en estado de embriaguez se rompe el nexo causal, aunque cabe tener presente que una simple o mera infracción del mismo no es suficiente para interrumpir dicho nexo.

El tercer elemento configurador del accidente in itinere es el cronológico, de tal forma que el accidente debe ocurrir en un tiempo prudencial, inmediato o razonablemente próximo a las horas de inicio o de finalización del trabajo, de forma que el recorrido no puede verse alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a intereses particulares. Si el retraso en el trayecto estaba justificado se mantiene la

[76] ALONSO OLEA, M.; TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2002, p. 175, que cita la STS de 1 de julio de 1954 como la que utiliza por primera vez la expresión "in itinere".
[77] De 17 de junio de 1964, Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.
[78] Especialmente tras la STS de 26 de diciembre de 2013, rec. núm. 2315/2012.
[79] ALONSO OLEA, M.; TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social… op. cit.* p. 73
[80] SALOMINO SAURINA, P.: "Revisión de los elementos que definen el accidente de trabajo *in itinere.* Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2016", *Diario La Ley*, núm. 8299, 2014 (versión on line).
[81] STS de 21 de diciembre de 1970.
[82] STS de 21 de mayo de 1984.
[83] STS de 24 de enero de 1980.
[84] STSJ Cataluña, de 12 de junio de 2014, rec. núm. 618/2014.

calificación profesional del accidente, pues de otra forma se entenderá roto el nexo causal. Así se ha considerado accidente in itinere el sufrido por un trabajador al volver del trabajo, aun cuando hubiera parado a realizar unas compras siempre y cuando ello no haya influido de forma trascendente en la producción del accidente[85], el sufrido por una trabajadora de su domicilio al centro de trabajo cuando se desvió a una gasolinera para repostar[86], o el sufrido por un robo con violencia en el trayecto del centro de trabajo al domicilio de la trabajadora[87]. Por el contrario, no se ha calificado como accidente de trabajo aquél sufrido por un trabajador cuando regresaba a su domicilio ocurriendo en un trayecto "completamente distinto y en sentido inverso a la dirección de su domicilio desde el lugar donde prestaba sus servicios"[88]. De cualquier forma, también ha sido objeto de ampliación jurisprudencial calificándose como accidente in itinere aquél sucedido un domingo por la noche, cuando la actividad laboral del trabajador empezaba a las 8 horas del lunes[89], de tal forma, que se admite aun a pesar de que el accidente no ocurre en un margen temporal cercano a la salida o entrada del centro de trabajo, como hasta el momento se venía exigiendo.

El cuarto requisito es el topográfico, lo que implica que el accidente debe ocurrir en el camino de ida o vuelta al centro de trabajo. El art. 156.2 LGSS no exige de forma expresa que se realice desde un determinado lugar, pero la jurisprudencia declaró en una primera fase que el punto de origen y de destino era el domicilio del trabajador. A pesar de ello, el propio TS ha flexibilizado este requisito al admitir que lo esencial en este elemento topográfico no es salir del domicilio o volver a él, sino al lugar de trabajo o volver a él, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo[90]. No obstante, nuestro alto tribunal ha considerado como accidente in itinere aquél ocurrido entre el domicilio familiar y aquél en el que pernocta durante los días laborables de la semana, que es diferente del familiar, sin exigir que sea a la vuelta o ida al centro de trabajo[91]. Es decir, se ha admitido que el domicilio no tiene por qué ser aquel del que el trabajador es titular, de modo que se ha aceptado la consideración tal del domicilio de los suegros en el que el sujeto estaba residiendo durante el verano[92] o la segunda vivienda del trabajador[93]. No obstante, no se ha reconocido como domicilio a estos efectos aquella finca propiedad del trabajador que carece de los imprescindibles requisitos exigidos para ello, "ya que el único habitáculo existente era una caseta que carecía de un mínimo de habitabilidad, careciendo de luz y agua"[94], ni el domicilio de su madre al que el trabajador se dirige una vez concluida su jornada laboral para cenar allí[95]. Respecto del lugar de trabajo, éste no es identificado estrictamente con el centro de trabajo, sino con aquel lugar al que el trabajador se traslada para desempeñar su actividad laboral.

[85] SSTSJ Andalucía, de 29 de enero de 2015, rec. núm. 124272014; Extremadura, de 10 de febrero de 2000.
[86] STSJ Galicia, de 14 de julio de 2015, rec. núm. 997/2014.
[87] STS de 14 de octubre de 2014, rec. núm. 1786/2013.
[88] STSJ Murcia, de 7 de enero de 2002, rec. núm. 1066/2001.
[89] STS de 26 de diciembre de 2013, rec. núm. 2315/2012.
[90] SSTS de 5 de noviembre de 1976; de 8 de junio de 1987.
[91] STS de 26 de diciembre de 2013, rec. núm. 2315/2012.
[92] STSJ Extremadura, de 31 de diciembre de 2013.
[93] STS de 2 de mayo de 1997.
[94] STSJ Castilla-La Mancha, de 3 de febrero de 1999, rec. núm. 1348/1998.
[95] STSJ Cataluña, de 15 de febrero de 2013, rec. núm. 5964/2012.

Además, este elemento conlleva que se circule por el trayecto normal y habitual para cubrir el desplazamiento, aunque no tiene por qué ser el más corto, si bien un mínimo desvío no se considera relevante para llegar a romper el nexo causal.

De cualquier forma, el elemento fundamental de esta institución jurídica es que el punto de llegada o de salida ha de ser el lugar donde se preste el trabajo, de tal forma que el domicilio no resulta un elemento esencial, por cuanto el art. 156.2 LGSS no se refiere expresamente a éste. Ello es lo que ha permitido a la doctrina jurisprudencial definir y delimitar lo qué debe entenderse por domicilio y la interpretación que cabe dar a éste. En definitiva, la clave no es salir del domicilio o volver al domicilio, sino ir al lugar de trabajo o volver de él.

En este sentido, debe entenderse totalmente cubierto aquel accidente que tiene lugar en dichos desplazamientos, ya sean en el desplazamiento entre el domicilio y el emplazamiento del primer cliente, o entre el domicilio del último usuario y el del trabajador.

6. LIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO: REGISTRO Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

6.1. Registro de la jornada de trabajo

Como es sabido el RDL 8/2019 ha modificado el art. 34 ET añadiendo el apartado 9 que incorpora la obligación empresarial de garantizar "*el registro diario de la jornada*". Como se ha señalado, en la Exposición de Motivos del RDL 8/2019 justifica dicha obligación en la necesidad de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de tiempo de trabajo, posibilitar el control por la Inspección de Trabajo y crear un marco de seguridad jurídica para ambas partes contratantes.

Si se analizan los antecedentes doctrinales al respecto, debe destacarse la falta de unanimidad en la doctrina judicial. Pues, un sector [96] postuló que el registro diario de jornada sólo es exigible en aquellos casos en los que se realizan efectivamente horas extraordinarias precisamente para controlar si se sobrepasa o no el límite legal de éstas, siendo el presupuesto que obliga a llevar el citado registro diario de jornada el hecho que previamente concurra la realización de horas por encima de la jornada ordinaria, de modo que no superándose dicha jornada no resulta preceptivo llevar registro alguno, pues se entiende que establecer un sistema de control de jornada es una opción que tiene el empresario reconocida en su facultad de dirección del art. 20.3 ET, de modo que sólo cuando se sobrepasan los límites de la jornada ordinaria se impone a la empresa la obligación de llevar el control diario de jornada a los efectos de controlar las horas extraordinarias efectuadas. Otro sector judicial[97] sostuvo, por el contrario, que la empresa tiene la obligación de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realizan los trabajadores, que es el presupuesto necesario para el cómputo de las horas extraordinarias. Se apoya también en la argumentación de que la razón de ser del art. 35.5 ET es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias, siendo el registro de la jornada diaria la herramienta para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias.

[96] STSJ Cataluña, de 24 de octubre de 2012, rec. núm. 3126/2012.
[97] STSJ Castilla y León, de 13 de octubre de 2016, rec. núm. 1242/2016.

Por su parte, la AN[98] abogó por llevar a cabo un registro de la jornada de trabajo, y no únicamente respecto de las horas extraordinarias, pues con ello se trata de garantizar el control de los distintos horarios pactados. Es decir, en este registro no se contiene el número de horas extraordinarias realizadas diariamente, sino la jornada realizada diariamente, pues si la razón de ser de dicho precepto estatutario es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias[99], parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. Si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, se estaría en un círculo vicioso que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, siendo esta la razón por la que, sin el registro diario de la jornada, es imposible controlar la realización de horas extraordinarias. Los resúmenes diarios no tienen que reflejar pues horas extraordinarias, puesto que una jornada diaria puede prolongarse sin que se produzcan horas extraordinarias, que sólo concurrirán cuando se supere, en cómputo anual, la jornada de cuarenta horas semanales, sino reflejar día a día la jornada realizada, que es el único medio para constatar si se superaron o no los límites de la jornada ordinaria[100].

Con posterioridad, el TS[101] determinó que las empresas no están obligadas a llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimento de la jornada laboral y horarios pactados, sino que sólo deben llevar un registro de horas extraordinarias realizadas, de acuerdo con la interpretación que realizan del art. 35.5 ET. De hecho, en un pronunciamiento[102] el TS admite que "convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro diario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias", pero "esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante un condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte". No obstante, el TS rechaza "llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva". Declara asimismo que la "falta de llevanza, o incorrecta llevanza del registro, no se tipifica por la norma como infracción de forma evidente y terminante, lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7-5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del

[98] SSAN de 4 de diciembre de 2015, proc. 301/2015; de 19 de febrero de 2016, rec. núm. 383/2015; de 6 de mayo de 2016, rec. núm. 59/2016.
[99] SAN de 12 de julio de 2005, proc. núm. 39/2005; STSJ Cataluña, de 3 de octubre de 2008, rec. núm. 8892/2007.
[100] CUBO MAYO, A., "El tiempo de trabajo… *op. cit*.
[101] SSTS de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016; de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.
[102] STS de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2016.

art. 35-5 del ET, pues es principio de derecho el de interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y de las sancionadoras. Además, tampoco se tipifica como falta la no llevanza del registro que nos ocupa y no informar a los trabajadores sobre las horas realizadas en jornadas especiales o incumplir obligaciones meramente formales o documentales constituye, solamente, una falta leve, en los supuestos previstos en el art. 6, números 5 y 6 del Real Decreto Legislativo citado". Esta solución, concluye, "no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor el artículo 217-6 de la LEC, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que sí las realizó".

En otro caso[103], nuestro alto tribunal reafirma su posicionamiento dando la misma solución que en la anterior sentencia donde señala que el único registro que debe llevarse es el de las horas extraordinarias realizadas, ya que el art. 35.5 ET únicamente se refiere a ellas y si el legislador hubiese querido que el deber del empresario de registro alcanzase la jornada diaria, así lo hubiera indicado expresamente, de igual forma que lo hace en relación con los trabajadores a tiempo parcial. Recuerda su anterior sentencia en la que se sostiene que esta interpretación literal es la que "se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa, cual muestra la anterior redacción del ET en la materia y que en la Exposición de Motivos de las reformas del ET y del artículo 35-5 que nos ocupa no se haya dicho nada al respecto". Y, vuelve a insistir en la idea de que sería conveniente "una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias".

A la luz de esta doctrina, puede entenderse que la reforma operada es positiva, especialmente por el debate planteado en torno a dicho precepto estatutario. No obstante, ahora cabe realizar una interpretación en torno a si debe entenderse que existen dos obligaciones referidas al registro del tiempo de trabajo, esto es, por un lado el registro de la jornada ordinaria ex art. 34.9 ET, y el registro de las horas extraordinarias ex art. 35.5 ET, o bien, que uno se subsume en el otro, es decir, el art. 34.9 ET engloba al art. 35.5 ET[104].

6.2. Derecho a la desconexión digital

Como ha señalado la doctrina "la digitalización hace que se pueda trabajar en cualquier tiempo y lugar, y, por ello, que se puedan romper las fronteras clásicas del tiempo y el lugar de trabajo. En teoría, ello puede facilitar la combinación de los momentos laborales y de vida privada, ... Pero también posibilita el trabajo en todo momento y en todo lugar, sin apenas límites y, así, sin tiempo para la vida privada y/o el descanso. En efecto, todos los indicios apuntan a que, en lugar de gobernar con autonomía el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado al descanso y/o los cuidados, los trabajadores digitales prolongan su jornada de trabajo más allá de los estándares de los trabajadores convencionales. De hecho, y en relación con nuestro propio país, un 64 % de los españoles afirman que desarrollan trabajo en

[103] STS de 20 de abril de 2017, rec. núm. 116/2016.

[104] Así lo plantea también MONREAL, E., "Registro de la jornada: ¿Era urgente y necesario implantarlo legalmente?, en *La Ley*, núm. 4993, 2010 (versión on line)

las horas libres y un 68 % confirman que reciben emails o llamadas de trabajo fuera del horario laboral... De ahí la necesaria reflexión sobre las bondades de la digitalización en relación con la libertad del trabajador respecto de su tiempo de trabajo, pero también sobre los límites que deban ponerse (legal o convencionalmente) para evitar las situaciones de sobrecarga o de falta de desconexión de las obligaciones laborales durante los tiempos de vida privada"[105].

De esta forma, con la nueva LO 3/2018[106] se recoge de forma expresa el derecho a la desconexión digital en su art. 88 señalando que "*los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar*". Derecho que, como recoge su Exposición de Motivos, "*ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral*". Asimismo, en su apartado 2 se hace referencia a la potenciación de la conciliación de la vida laboral y personal, pero potenciación que se deja en manos de la negociación colectiva. Y, finalmente, obliga a las empresas a establecer una política interna sobre las modalidades de ejercicio y la sensibilización a los trabajadores en cuanto al uso razonable de las herramientas tecnológicas.

Por tanto, las empresas quedan obligadas a, por un lado, elaborar políticas internas dirigidas a los trabajadores y directivos para el ejercicio del derecho a la desconexión, y, por otro lado, a programar acciones de formación y de sensibilización del personal sobre el uso de las herramientas tecnológicas para evitar el riesgo de fatiga informática.

En cuanto a la posición de la doctrina judicial, existen escasos pronunciamientos. Así, por un lado, nuestro alto tribunal declaró, en relación con una cláusula contractual, que obligaba al trabjadora a facilitar a la empresa su número de teléfono móvil y correo electrónico personal, considera que no se "niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa, pues ello es algo incuestionable; es más, incluso pudiera resultar deseable, dado los actuales tiempos de progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos. A lo que exclusivamente nos oponemos es que en el contrato de trabajo se haga constar –como específica cláusula/tipo– que el trabajador presta su "voluntario" consentimiento a aportar los referidos datos personales"[107].

Por otro lado, sobre la instalación de un dispositivo en los teléfonos móviles de control de los trabajadores, se ha considerado que dicho dispositivo conlleva "una situación de riesgo psicosocial pues la circunstancia de que utilice la empresa un aparato de última tecnología para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que fuera de la jornada laboral tengan incluso que en su domicilio familiar en los que es la esfera personal y privada del trabajador haya de continuar en una situación in vigilando del citado dispositivo para que esté en condiciones óptimas para su buen funcionamiento en la jornada laboral"[108]

[105] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., PÉREZ DEL PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo*. Madrid: Fundación para el dialogo social, 2017. p. 21.
[106] De 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.
[107] STS de 21 de septiembre de 2015, rec. núm. 259/2014.
[108] STSJ Cataluña, de 23 de mayo de 2013, rec. núm. 6212/2012.

Asimismo, la AN[109] se ha pronunciado sobre el proyecto empresarial que obliga al repartidor a aportar su móvil para ser geolocalizado por la empresa. Al respecto, la AN considera que dicha obligación no supera el necesario juicio de proporcionalidad porque la geolocalización se podría haber conseguido a través de medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados, como pudieran ser la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos, que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema.

7. CONCLUSIÓN

No cabe duda de que el trabajo condiciona el resto de los tiempos vitales de cualquier persona, entre ellos, el tiempo de descanso, reposo, ocio, familiar y personal. En la sociedad actual, donde los tres ciclos cerrados y estancados de ocho horas ya no tienen cabida, debe abordarse la regulación de un nuevo modelo de organización del trabajo que dé respuesta a estas nuevas realidades sociales. Además, la creciente exigencia de flexibilidad para y con el empresario, requiere de una nueva concepción del tiempo de trabajo.

Ya no puede aplicarse la categorización tan simplista entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso, pues considerar que todo tiempo en el que el trabajador permanece en el trabajo a disposición de su empresario es tiempo de trabajo efectivo supone ignorar que hay tiempos de presencia en el lugar de trabajo durante los cuales el trabajador no ejerce propiamente sus funciones y puede descansar, pero, por otro lado, considerar que el tiempo de descanso es aquel tiempo en el que el trabajador permanece fuera del lugar de trabajo, aunque esté en situación de localización y disponibilidad para el empresario, implica equiparar tiempo de descanso a un mero reposo físico, olvidando la concepción de descanso como tiempo durante el cual el trabajador queda desvinculado de su prestación de servicios pudiendo desarrollar libremente su personalidad mediante otras actividades.

De ahí que se haya propuesto[110] la regulación de un nuevo tiempo, un tercer tiempo, el tiempo de disponibilidad. Este tiempo, a diferencia de las guardias de presencia física, no requiere una disponibilidad tan directa, pero también requiere de la posibilidad de ser localizado y presentarse en el lugar de trabajo cuando sea requerido. De esta forma, se propone diferenciar entre aquellas situaciones en las que la disponibilidad deriva de la posibilidad de alteración de la distribución inicialmente pactada de la jornada que no conlleva aumento de jornada, de aquellas en las que la disponibilidad se deriva de la posibilidad de aumentar la jornada inicialmente pactada.

En relación con los desplazamientos, no cabe duda de la incompatibilidad que se produce entre el art. 34.5 ET y la Directiva 2003/1988, pues no puede computarse el tiempo de trabajo de modo tal que el trabajador haya de estar en su puesto de trabajo tanto al comienzo como al final de la jornada, porque con este modo de proceder se dejan de tomar

[109] SAN de 6 de febrero de 2019, proc. núm. 318/2018.
[110] RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Flexibilidad de la jornada… op. cit.* p. 127.

en consideración períodos en los cuales el trabajador cumple con los tres requisitos contemplados en el art. 2.1 Directiva[111].

Se necesita, pues, una reforma que delimite claramente la configuración del tiempo de trabajo efectivo, pues como se ha observado con este estudio, existen un buen número de trabajos que implican que durante la propia prestación de servicios, se producen una serie de momentos en que los trabajadores o bien se preparan para la realización del servicio o bien, están presentes, pendientes y vigilando, sin que se produzca en dichos momentos unos resultados materiales inmediatamente evaluables.

Considero pues, que la doctrina acertada es la del órgano judicial comunitario[112] que estima que tanto el primer desplazamiento del día –entre el domicilio del trabajador y el emplazamiento del primer cliente–, como el último diario –entre la residencia del último cliente y el domicilio del trabajador– constituyen, a todos los efectos, tiempo de trabajo efectivo, pues nadie duda de que durante dichos desplazamientos concurren los tres elementos configuradores del tiempo de trabajo efectivo a efectos del art. 2.1 Directiva 2003/1988, esto es, permanencia en el puesto de trabajo, puesta a disposición del empresario, y ejercicio de las propias funciones. Y dicha doctrina, a pesar de limitarse al supuesto en concreto de trabajadores, cuya empresa cerró las oficinas principales y los adscribió a las oficinas centrales de Madrid, debería entenderse aplicable a cualquier trabajador que efectúa desplazamientos a diario desde su propio domicilio al lugar indicado por su empresa para prestar el servicio correspondiente a sus clientes. Por ello, estimo que la doctrina jurisprudencial más reciente[113] no es acertada al entender que no es extrapolable la doctrina judicial comunitaria a dicho supuesto.

En definitiva, considero que estos desplazamientos entre el domicilio del trabajador y el primer y último cliente del día debería ser considerado tiempo de trabajo, pues dichos desplazamientos cumplen con los tres requisitos configuradores de tiempo de trabajo esto es, el trabajador permanece en su puesto de trabajo; está a disposición del empresario; y está prestando sus servicios, pues dicho desplazamiento es una parte más del ejercicio de sus funciones. De hecho, los desplazamientos que se producen una vez iniciada la jornada de trabajo, entre los diversos clientes, sí son considerados como tiempo de trabajo.

Además, desde el punto de vista de la protección social debe considerarse que el desplazamiento producido entre el domicilio del trabajador y el del primer cliente, o entre el del último usuario y el del trabajador, además de ser considerado tiempo de trabajo, debe ser contemplado como posible iter durante el cual el trabajador queda protegido a efectos de estimar como accidente de trabajo aquel que sufra en dichos desplazamientos.

Por último, debe destacarse la introducción de estas dos nuevas instituciones jurídicas –registro de la jornada de trabajo y derecho a la desconexión digital– como medios que contribuirán a garantizar un tiempo de descanso efectivo para el trabajador. Por un lado, con el registro de la jornada se trata de poner coto a las largas jornadas laborales, evitando abusos del empresario en cuanto a extender de forma innecesaria las jornadas de sus trabajadores,

[111] MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: "Las directrices de la... *op. cit.*
[112] STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-266/2014, Asunto Tyco.
[113] STS de 4 de diciembre de 2018, rec. núm. 188/2017.

sin que ello supusiera, además, ningún reconocimiento formal. Por otro lado, con el derecho a la desconexión digital se trata de evitar también los abusos, pero por medios electrónicos fuera del horario local, pues la "desconexión digital efectiva, pretende la dedicación necesaria del tiempo personal a nuestro entorno familiar, amistades, y al desarrollo de nuestros intereses personales, que indudablemente protegen la vida privada de nuestros/as trabajadores/as y favorecen la conciliación de la vida personal y familiar"[114].

8. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M.; TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2002.

BLASCO LAHOZ, J.; LÓPEZ GANDÍA, J.; MONPARLER CARRASCO, M.A.: *Curso de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

GÓMEZ ARBÓS, J.: "Los desplazamientos como tiempo de trabajo", *La Ley*, núm. 49, 2012 (versión on line)

IGLESIAS CABERO, M.: "Cómputo de la jornada efectiva de Trabajo", VV.AA., *Estudios sobre la jornada de Trabajo*, Madrid, ACARL, 1991.

LAHERA FORTEZA, J.: "Tiempo de trabajo efectivo europeo", *TyD*, núm. 43 (versión on line)

MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: "Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español", *REDT*, núm. 194, 2017 (versión en line)

MONREAL, E., "Registro de la jornada: ¿Era urgente y necesario implantarlo legalmente?, en *La Ley*, núm. 4993, 2010 (versión on line)

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F; MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: "La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores", *RMTI*, núm. 58, 2005.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., PÉREZ DEL PRADO, D., *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo*. Madrid: Fundación para el dialogo social, 2017.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral: Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ROQUETA BUJ, R.: "La jornada de trabajo y su determinación", GOERLICH PESET, J. M., (Dir.) *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

SALOMINO SAURINA, P.: "Revisión de los elementos que definen el accidente de trabajo *in itinere*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2016", *Diario La Ley*, núm. 8299, 2014 (versión on line).

[114] Art. 16 Convenio Colectivo de EUI Limited Sucursl España, Resol. De 15 de junio de 2018, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía.

nº 19 (2º Trimestre 2019)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Mejora convencional y alcance temporal del riesgo asegurado: la primacía de lo pactado en el seguro colectivo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) de 29 de enero de 2019)

Conventional improvement and temporary scope of the insured risk: the precedence of the agreements in collective insurance

INMACULADA BALLESTER PASTOR
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN

Resumen

Son muchos los convenios colectivos que incluyen mejoras que reconocen indemnizaciones complementarias a prestaciones de seguridad social, y es frecuente que, además, el convenio colectivo obligue a la empresa a concertar un seguro colectivo para asegurar la cobertura de estos pagos. Pero el que se haya concertado un seguro privado no implica que, siempre, la compañía privada pague tal indemnización pues la póliza debe identificar el riesgo asegurado y cuál sea el alcance temporal de las coberturas ofrecidas y es lo pactado lo que debe determinar si la compañía abona, o no, la mejora. No obstante lo anterior, debe atenderse, también, a las circunstancias acaecidas y comprobar si la voluntad de los contratantes fue asegurar de forma incompleta los riesgos o no. Y para ello debe tenerse en cuenta que el contrato de seguro ha de ser un contrato transparente, sin cláusulas oscuras, y que esta oscuridad, al tratarse de un contrato de adhesión, no debe perjudicar al tomador (la empresa). El Pleno del Alto Tribunal resuelve, en un pronunciamiento polémico, que los dos seguros pactados sucesivamente entre la empresa y dos compañías de seguros diferentes no incluyen la cobertura de la mejora reclamada por el trabajador, a la vista del clasulado que ambas pólizas contienen, donde las dos excluyen la cobertura reclamada. Por contra, en el Voto particular que incorpora el pronunciamiento, los cinco Magistrados discrepantes abogan porque debiera haberse protegido al tomador del seguro, pues la póliza contenía cláusulas limitativas.

Palabras clave

mejora, incapacidad permanente, seguro colectivo, cobertura, autonomía de la voluntad, póliza

Abstract

There are many collective agreements that include improvements recognising supplementary compensations to social security benefits, and it is also common that the collective agreement obliges the company to arrange a collective insurance to ensure the coverage of these payments. However, the fact that private insurance has been arranged does not imply that the private company always pays such compensation. This is because the policy must identify the insured risk and the temporary scope of the coverage offered, and the agreement should determine whether the company pays or does not pay the increase. Notwithstanding the above, it must also address the circumstances and verify whether the willingness of the contracting parties was to ensure the risks incompletely or not. It should, therefore, be taken into account that the insurance policy must be a transparent contract, without confusing clauses, and that this confusion, as it is a standard-form agreement, should not harm the policyholder (the company). The plenary of the High Court, in a controversial announcement, ruled that two insurance policies agreed successively between the company and two different insurance companies do not include the coverage of the increase claimed by the worker, in view of the classification that both policies contain, where both exclude the claimed coverage. In contrast, in the dissenting vote that the ruling incorporates, the five discrepant judges argue that the policyholder should have been protected, since the policy contained limiting clauses.

Keywords

Increase; permanent disability; collective insurance; coverage; autonomy of will; policy

Fecha Recepción: 11-4-2019 – Fecha Revisión: 29-4-2019 – Fecha Aceptación: 30-4-2019
Pag. 199-216

1. LA FIJACIÓN DEL CONFLICTO: QUIÉN PAGA LA MEJORA CONVENCIONAL CUANDO EL TENOR LITERAL DE LAS PÓLIZAS EXCLUYEN LA COBERTURA EN SU FRANJA DE VIGENCIA TEMPORAL

El Tribunal Supremo resuelve, en recurso de casación para la unificación de doctrina fechado el 29 de enero de 2019[1], desestimar la pretensión de la empresa Securitas Seguridad España en la que se solicitaba que el pago del capital asegurado por incapacidad permanente al que tiene derecho un trabajador a su cargo –quien fuera demandante en primera instancia[2]– fuera abonado por la Compañía de Seguros Previsora General, entidad con la que la empresa había concertado un seguro colectivo. El Alto Tribunal confirma, así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –precedente de las presentes actuaciones– en la que se había absuelto del pago de la indemnización prevista en el convenio colectivo a las dos Compañías aseguradoras –Previsora General y Vidacaixa– con las que Securitas había concertado sendas pólizas de Seguro Colectivo de forma sucesiva. Concluye el Tribunal que la empresa Securitas Seguridad España es la entidad que debe hacerse cargo del pago de los capitales asegurados exigibles en la norma convencional, dado que ninguna de las pólizas que la empresa demandada había concertado, en primer lugar con una primera aseguradora, y, en segundo lugar, con una segunda entidad, contemplaba la obligatoriedad de cubrir las coberturas reclamadas por el demandante[3].

El origen del aseguramiento se encuentra en el art. 60 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad[4], precepto que obliga a que las mejoras –indemnizaciones complementarias o suplementarias a la protección social– deban abonarse y ser objeto de aseguramiento obligatorio por la empleadora cuando sobrevenga un accidente a alguno de sus trabajadores, y como consecuencia del mismo, éste fallezca o sea declarado en situación de incapacidad permanente. Cuando existe este seguro colectivo el mismo permite que los trabajadores (o sus causahabientes), exijan tal indemnización si tras el accidente sobreviene

[1] nº rec. 3326/2016.

[2] El día 17 de octubre de 2013 el trabajador, actor, presentó escrito ante la empresa de seguridad que había sido su empleadora solicitando la prestación que le correspondía por el seguro colectivo de accidentes acordado en el art. 61º del convenio colectivo de empresas de seguridad.

[3] La demanda iniciadora de estas actuaciones se presentó por parte del trabajador, solicitándose que se declarara su derecho a percibir el capital asegurado por incapacidad permanente total derivada de accidente establecido en el convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para los años 2005-2008, condenando a las demandadas –las dos compañias aseguradoras y la empresa Securitas– a abonarle solidariamente la cantidad de 36.554,53 €, así como los intereses moratorios. En dicha Sentencia, estimatoria de la pretensión del actor, se condena a la primera de las aseguradoras "Previsora General Mutualidad de Previsión Social a Proma Fija" a abonar al actor dicha cantidad, incrementada con el interés establecido en el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro, absolviéndose de responsabilidad tanto a la empresa Securitas Seguridad España como a la otra compañía con la que Securitas había concertado un segundo seguro Colectivo, Vida Caixa de Seguros y Reaseguros.

[4] El art. 60º de tal Convenio colectivo, vigente para los años 2009-2012, señala: *Seguro colectivo de accidentes. Las Empresas afectadas por este Convenio Colectivo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores para los años 2009 y 2010 por un capital de 28.700,94 € por muerte y de 36.554,33 euros por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, derivadas de accidentes sea o no laboral, excepto los producidos en competiciones deportivas oficiales de vehículo de motor. Su efecto cubrirá las veinticuatro horas del día y durante todo el año. Durante el año 2011, los capitales asegurados por muerte ascenderán a 28.987,95 euros por muerte y de 36.919,87 euros por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez. Durante el año 2012 las cuantías se incrementarán en el IPC real del año 2011 más la diferencia entre el IPC real del 2010 y el 1 %. Los capitales entrarán en vigor a partir del día de la firma del presente Convenio Colectivo. Los representantes de los trabajadores podrán solicitar de sus empresas una copia de la póliza antes citada, a los efectos de conocer los riesgos cubiertos y la cuantía de la misma.*

el fallecimiento o si se declara al accidentado en situación de incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez) y quien debe abonar, entonces, la indemnización, sería la Compañía aseguradora. Pero es clave cómo se redacta la póliza dado que puede resultar ser la empresa –tomadora del seguro– la responsable del pago del capital asegurado al trabajador si aparece un infraseguro y no se contempla fielmente en el seguro colectivo (contrato privado regido por el derecho mercantil) la totalidad de las obligaciones de pago que contempla la norma convencional. Esto es, precisamente, lo que entiende el Alto Tribunal que ocurre en la Sentencia que es objeto de comentario: es la empresa, el tomador del seguro colectivo, quien acaba siendo responsable del pago de la mejora regulada en la norma convencional, a pesar de haber pagado dos pólizas sucesivas con dos compañías mercantiles diferentes, dado que lo pactado en las dos pólizas no incluye la cobertura que el trabajador reclama.

Lo relevante es, para el Tribunal, el contenido exacto del clausulado del seguro colectivo. El Tribunal deduce que es en el mismo seguro colectivo donde aparece la voluntad clara de las partes de obligarse con los límites que ellas mismas han pactado en cada caso, y que no puede intervenirse limitando la autonomía de la voluntad que rige en estos negocios jurídicos. A la vista de ambas pólizas entiende el Alto Tribunal que, como ninguna de ellas abarca la cobertura que el seguro colectivo exige, es la misma empresa quien ha de hacer frente al pago de los capitales, pues ambos aseguramientos son fallidos. Las cláusulas de las pólizas objeto de controversia en este pronunciamiento, son, como veremos, las cláusulas que aluden a que el derecho a la cobertura ha de determinarse en función del momento en que se reconoce la situación objeto de protección. Estas cláusulas están expresamente incluidas en las pólizas y son consideradas lícitas por el Alto Tribunal al entender que ha sido voluntad de las partes el concertarlas libremente.

2. LA COBERTURA DE LAS PÓLIZAS Y LA FIJACIÓN DEL MOMENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN

Para centrar más claramente el dilema planteado hay que aludir a las fechas exactas y al contenido del clausulado de las pólizas suscritas con las dos compañías aseguradoras (Previsora General y Vidacaixa), de fechas diferentes y de distinto tenor, para ver, así, cuál es el momento que fijan éstas para que surja el objeto de la protección, cuestión clave.

La primera póliza la suscribió Securitas Seguridad España, a resultas de la obligación existente en el CC aplicable en aquel momento (CC estatal de empresas se seguridad), con efectos desde el 1 de enero de 1997, y con la Compañía Previsora General. Esta póliza incluía una serie de condiciones generales y también condiciones particulares. La póliza tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2009 (un total de 10 años), y las condiciones particulares que ambas partes suscriben, y sobre las que se cierne el debate después, aparecen firmadas en el año 1999. En los años 2008 y 2009 se incorporan dos anexos, en documentos suplementarios, a través de los cuales se añaden como riesgos también cubiertos, en el año 2008, el suicidio y, en el año 2009, el infarto de miocardio. En la mentada póliza, suscrita el 8 de enero de 1999, aparecían como condiciones particulares, las siguientes:

> *1º) Se entienden incluidos en esta cobertura aquellos trabajadores que, habiendo agotado el periodo máximo de la situación de incapacidad temporal, y no figurando por tanto en los boletines de cotización a la Seguridad Social de la empresa, se encuentren a la espera de que se produzca la pertinente declaración*

sobre su situación de invalidez permanente y ésta tenga lugar durante la vigencia de la cobertura;
2º) Se hace constar expresamente que, a efectos de esta cobertura, la fecha de la declaración de la invalidez, será la que se indique por parte de los órganos administrativos o judiciales competentes, en la Resolución firme que se produzca en relación con dicha situación de invalidez;
3º) Previsora General asume la responsabilidad de las prestaciones complementarias de invalidez permanente cuya declaración se produzca durante el período de vigencia de esta póliza.

Durante la vigencia de esta primera póliza el trabajador sufre un accidente de trabajo, cuando prestaba servicios para la empresa Securitas España, concretamente el día 12 de octubre de 2008[5].

La segunda de las pólizas, vigente desde enero de 2010, la suscribe Securitas Seguridad España con la Compañía VidaCaixa y está fechada el día 8 de enero de 2010. En ella aparecen, como condiciones generales el que: *...su cobertura queda condicionada al hecho de que la incapacidad permanente lo fuere como consecuencia de un accidente ocurrido durante el período de cobertura y siempre que se pruebe que tal incapacidad es consecuencia del mismo...*

En fecha de 26 de abril de 2012 –ya vigente la segunda póliza– se dicta Resolución del INSS que declara al actor en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, y, tras demanda del trabajador, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, de 14 de junio de 2013, declara que la IPT deriva de accidente de trabajo.

Cuando el trabajador solicita la mejora reconocida en el convenio colectivo se analiza si, según la literalidad de tales pólizas, la empresa había cumplido con la obligación que prevé el convenio colectivo, asegurando la mejora que debía abonarle, o no. Y, a la vista está que la primera póliza no ofrece cobertura porque el accidente de trabajo (2008) tiene lugar bajo la vigencia de este primer seguro (1999-2009) y porque la cláusula tercera señala que se asumen solamente las IP que se declaren durante la vigencia de esta primera póliza: como la IP se declara el 14 de junio de 2013, ya no cubriría la primera compañía, Previsora General. Pero tampoco la segunda póliza ofrece cobertura porque en ella se exige que la protección se active una vez se ha declarado la IP en el período de vigencia de la póliza (desde 2009), aunque restringiendo la cobertura y condicionándola al hecho de que el accidente de trabajo (2008) hubiera aparecido, también, durante la vigencia de esta segunda póliza, lo que no ocurre. En suma, en la primera de las pólizas se incluye como riesgo protegido la declaración de incapacidad permanente pero se excluye de la cobertura aquellas IP que sean declaradas fuera de la vigencia de la póliza. En cambio, en la segunda de las pólizas se exige, en el clausulado general, el que la incapacidad permanente y el accidente que haya sido origen de la misma hayan tenido lugar, ambos, durante el período de vigencia de la póliza suscrita con Vida Caixa.

[5] Aunque en un principio se declaró al actor en situación de IPT derivada de enfermedad común para su profesión habitual, y con efectos económicos de 15 de marzo de 2012. Fue, no obstante, por posterior demanda cuando la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid declaró que las bajas por incapacidad permanente del trabajador tenían su origen en la contingencia de accidente de trabajo.

3. DOS POSTURAS CONTRAPUESTAS Y UN JUSTIFICADO DEBATE

El Tribunal, antes de resolver el debate, debe resolver si aparece o no la contradicción entre las dos Sentencias que justifican el planteamiento del RCUD. La contradicción entre pronunciamientos de signo contrario es, aqui, evidente, pues dos Sentencias del TSJ de Madrid habían resuelto de forma contradictoria dos casos de trabajadores de esta misma compañía y que se encontraban prácticamente en idéntica situación, rigiéndose sus aseguramientos por las pólizas iguales a las que aqui se analizan, pero los Fallos de ambas son bien distintos.

Así, la sentencia recurrida había entendido que es responsabilidad de la empresa el pago de la mejora, porque ambas pólizas excluyen la cobertura del riesgo atendiendo su momento de cobertura a que la póliza esté vigente en la fecha en la que se produce el accidente o a que la póliza esté vigente en el momento en el que se dicta la Resolución por la que se declara al trabajador en IP, lo que hace que ambas excluyan doblemente la cobertura del trabajador. Por contra, la sentencia de referencia considera que la responsabilidad del pago correspondía a la primera de las aseguradoras, que era la que tenía vigente la póliza en la fecha del accidente. Según este pronunciamiento de contraste, dado que el accidente es el momento en el que desencadena el hecho causante que provoca, finalmente, que se reconozca la prestación de incapacidad permanente, el pago debe corresponder a la aseguradora que tenía vigente su póliza en la fecha del accidente (2008) –la compañía de seguros Previsora General–. Lo relevante en esta Sentencia es que no considera que deba darse primacía a lo pactado en las condiciones particulares de la póliza, sino que, en cambio, sostiene que los efectos del accidente de trabajo causados durante la vigencia de la primera póliza deben generar la responsabilidad del pago de la mejora en la primera de las aseguradoras: Previsora General. Sostiene también el TSJ que Previsora General no puede excluir su responsabilidad, eludiendo el pago de la mejora convencional, cuando los efectos del accidente de trabajo excedan temporalmente de la vigencia de la póliza, pues, de esa manera, el asegurador, que es quien cubre los riesgos, elude el pago de los riesgos cuando éstos efectivamente se actualizan, no incluyendo, entonces, en su protección, a los trabajadores, quienes, como es el caso el actor, están a la espera de una posible declaración de incapacidad permanente. Esta cláusula lo que hace, así, es desviar la responsabilidad de la aseguradora hacia el ente que, en este caso, sí cumple lo previsto en el aseguramiento de los riesgos que se exigen en la norma convencional, pero se restringe, de esta manera, la razón y la finalidad de lo concertado entre la aseguradora y el tomador del seguro.

4. EL FALLO DEL ALTO TRIBUNAL

4.1. Las obligaciones que dimanan del convenio colectivo son diferentes de las obligaciones que eñaladas en el seguro colectivo

El Tribunal Supremo en su Fallo desestima el recurso de la empresa, quien resulta ser, pues, la responsable del pago de la mejora en el Fallo que resuelve el RCUD. El Tribunal falla en contra de la sentencia aportada como contradictoria entendiendo, en suma, que la **tomadora del seguro colectivo es libre para pactar las coberturas, incluso cuando lo pactado supone ofrecer un aseguramiento que quede por debajo de lo exigido en el convenio colectivo.**

Según el Alto Tribunal, ***las partes, voluntariamente, son las que fijan las obligaciones que dimanan de un contrato colectivo,*** *y no hay que confundir las obligaciones que nacen del convenio colectivo y vinculan a la empresa y sus trabajadores, con las que dimanan del contrato colectivo, ya que* ***nada impide a la empresa (tomadora del seguro colectivo) en uso de la libertad contractual que le reconoce el art. 1255 del CC incumplir ese mandato*** *y formalizar con la compañía aseguradora un contrato que dispense menor o distinta protección de la pactada en el convenio, sin perjuicio de que, en tal caso, sea la propia empresa directamente la que deba responder ante los trabajadores*[6].

Recogiendo doctrina previa, argumenta el Tribunal que las pólizas pueden no cubrir la totalidad de las obligaciones que le impone el convenio colectivo, es decir, las mercantiles pueden elegir que las compañías le dispensen inferior o distinta protección de la pactada en el convenio colectivo, de manera que una cosa es el alcance de la obligación que el convenio colectivo impone a la empresa y otra cosa es el modo y manera en que la empresa da cumplimiento a ello, pactando el contenido y la extensión de la cobertura que contrata con la compañía aseguradora, en razón de lo cual se calcula la prima que hay que abonar.

4.2. Es lícito pactar cláusulas que no respeten la misma descripción de los riesgos que las prestaciones de seguridad social que complementan la mejora

Argumenta el Tribunal que a lo largo de sus pronunciamientos ha venido entendiendo que sólo cuando la póliza de seguros ha ofrecido dudas alguna acerca de su contenido ha debido estarse necesariamente a lo pactado en la específica definición de los riesgos y contingencias determinado por las reglas y normas de la seguridad social[7]; por ello no puede usarse la regla general establecida en la normativa de seguridad social respecto al momento del nacimiento del riesgo cubierto, o cuándo deben ser protegidos los riesgos, a los efectos de comprobar si la cobertura existe o no. A juicio del Alto Tribunal, únicamente en el supuesto de que las cláusulas contractuales fuera oscuras o no estuvieran claras, lo que tiene que ver con el hecho de que las cláusulas no fueran comprensibles –en cuanto a la delimitación de los riesgos cubiertos– podría llevarse a efecto esta solución (acudirse a normas u ordenamientos extraños a la misma póliza). En otro caso, en cambio, sí debe acudirse a lo que hayan concertado las partes[8]. Por tanto, si la póliza de seguros no ofrece dudas en cuanto a su contenido, y está clara la voluntad de las partes manifestada en la dicción gramatical de sus cláusulas, ha de estarse necesariamente a lo pactado en la específica definición de los riesgos y contingencias objeto de cobertura, es decir, puede establecerse en tales cláusulas el momento en el que surge el riesgo en el seguro colectivo en fecha diferente al marcado en la normativa de seguridad social.

Así, se aporta como un primer ejemplo de esta doctrina, consistente en que las definiciones de los riesgos y contingencias de las mejoras de la Seguridad Social que aparecen en los seguros de grupo han de ser los que aparecen concretadas en los mismos

[6] Vid. FJ 3º de la Sentencia de 29 de enero de 2019, con cita a la doctrina emanada de las Sentencias de la Sala de lo Social, de fecha de 10 de junio de 2009, nº rec. 3133/2008 y 16 de septiembre de 2010, nº rec. 3105/2009.

[7] En el pronunciamiento que se cita como precedente (STS de 13 de mayo de 2004, nº rec. 2070/2003) se acude a las normas de seguridad social, también en beneficio del asegurado, ya que se entiende que la oscuridad de una cláusula contractual, en un contrato de adhesión como un contrato de seguro colectivo, no debe beneficiar a la entidad aseguradora.

[8] STS de 13 de mayo de 2004 (nº rec. 2070/2003).

seguros y no debe acudirse con preferencia a las reglas y criterios propios de la Seguridad Social, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009[9]. En tal pronunciamiento se considera válido que la póliza garantice, sólo, las contingencias producidas durante la vigencia del contrato de trabajo, y que, por tanto, su cobertura no sea extensible a quien ya no presta servicios en la empresa en la fecha en que la póliza fija como de nacimiento de la protección. La póliza es preferente y no puede imponerse una fecha del hecho causante distinta de la que fue pactada por las partes. Un segundo ejemplo del seguimiento de esta doctrina aparece en la Sentencia de 10 de junio de 2009[10] , supuesto en el que también es válida la exclusión del suicidio de la cobertura, no considerándose como una cláusula limitativa expresamente aceptada y firmada, a pesar de considerarse por la normativa de protección social que el suicidio es un accidente, de manera que, nuevamente, se está a lo pactado por las partes, y la póliza debe incluir expresamente tal cobertura.

4.3. La obligación que impone el convenio colectivo a la empresa consiste en proteger al trabajador por el reconocimiento de la protección de IP, no por la mera producción del accidente

Argumenta el Tribuna que la obligación de indemnizar no nace en la fecha del accidente, pues no aparece la incapacidad permanente hasta que no media la Resolución administrativa que reconoce la misma. La empresa queda obligada a asegurar la responsabilidad civil que genera el reconocimiento de la IP, debiendo vincular el contrato de seguro a tal circunstancia. Por ello, entiende el Tribunal (FJ 5º), es relevante que deba la empresa, a la hora de pactar la cobertura temporal de las pólizas, tener en cuenta la fecha en la que finalmente pueda declararse esa situación: lo esencial es que se delimiten los términos del período de cobertura temporal a los que se extiende la eficacia de la póliza. Y, concluye el Tribunal, la empresa no atiende correctamente la obligación de aseguramiento si únicamente tiene en cuenta la fecha del accidente del trabajador y se desentiende del momento en el que puede ser declarada la incapacidad permanente. Por ello, es imprescindible que todas las pólizas de seguros colectivos establezcan el ámbito temporal al que se extiende su cobertura, de manera que, así, se puedan fijar reglas específicas para regular la situación que se presenta respecto de los trabajadores que han sufrido el accidente antes de su entrada en vigor y la situación en la que quedan los trabajadores que puedan ser declarados en incapacidad permanente con posterioridad a su rescisión. Así las cosas, teniendo esto en cuenta, la empresa debe decidir la extensión y el alcance de la póliza de seguros, y en atención a ello, el importe de la prima deba ajustarse, en cada caso, a la mayor o menor cobertura pactada.

4.4. La empresa decide cambiar el modo de cobertura en la segunda póliza suscrita y acogerse a un régimen diferente al que había tenido antes, lo que genera infraprotección

Entiende el Tribunal que la empresa ha pactado condiciones insuficientes en la cobertura de cada una de las pólizas de seguro que no alcanzan a la situación concreta del trabajador que reclama la mejora, contrariamente a lo que hubiera sido lo lógico: el que la

[9] Nº rec. 2248/2008.

[10] Nº rec. 3133/2008, en el que se debate acerca del mismo CC de empresas de seguridad estatal, en el que posteriormente se incluye el suicidio como riesgo cubierto.

empresa pactara un mismo modelo de cobertura de los riesgos en las dos pólizas suscritas, o el contemplar algún tipo de previsión que permitiese a los trabajadores que quedan fuera de cobertura en uno y otro aseguramiento transitar desde una descripción de las coberturas a la otra, sin perder el derecho al pago de la mejora.

4.5. Las condiciones particulares de la primera póliza de 1999 no son una cláusula limitativa ni una cláusula lesiva que contradeciría la Ley de contratos de seguro, la Ley 50/1980

La doctrina del Tribunal Supremo, al respecto de qué ha de entenderse por cláusulas limitativas y acerca de su diferenciación respecto de las cláusulas lesivas, se contiene en las Sentencias de 18 de febrero de 2016[11] y de 25 de abril de 2017[12], en las que se recoge la misma doctrina que resulta aplicable, también, en el derecho de seguros, orden de jurisdiccion desde desde donde se importa ésta hacia el orden jurisdiccional social. Se señala, así, en tales pronunciamientos que:

> *…En el derecho de seguros es clásica la distinción entre cláusulas lesivas y cláusulas limitativas. Las primeras son siempre inválidas, en tanto que las limitativas pueden alcanzar validez si cumplen las dos condiciones que enumera la ley; esto es, que se destaquen de modo especial y que sean específicamente aceptadas por escrito. La consideración como lesiva de una cláusula se fundamenta en la desproporción o desequilibrio insuperables que, en la economía del contrato, produce en perjuicio del asegurado. Ese vicio de lesividad comporta la nulidad de la cláusula y no la del resto del contrato, esquema que responde al conocido de la nulidad parcial del contrato. Por el contrario, puede entenderse que son cláusulas limitativas las que restrinjan los derechos del asegurado, sin llegar a producir la desproporción o desequilibrio insuperables de su posición jurídica en la economía del contrato. Por ello, se consideran válidas si cumplen los requisitos formales antes reseñados. Ocurre, sin embargo, que una buena parte de las cláusulas que merecen el calificativo de limitativas suponen, a la vez, un instrumento de delimitación del riesgo cubierto por el contrato. Por ello, el criterio mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia civil es tartar de separar ambos tipos de cláusulas, excluyendo a las puramente delimitadoras del riesgo cubierto del doble requisito impuesto a las puramente limitativas por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. De esta forma, existe consenso en considerar que los derechos del asegurado son delimitados siempre que una cláusula acota el riesgo objeto de cobertura por medio del contrato de seguro y, por el contrario, son limitados sólo cuando tal cláusula, al perfilar el riesgo cubierto, excluye supuestos que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo. En definitiva, como pone de relieve la STS –Sala 1ª– de 5 de junio de 1997 … La concreción del riesgo asegurado no supone limitación en los derechos del asegurado". Y, además, deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquéllas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo (como es la circunstancia del caso presente) y en qué ámbito espacial (STS 1ª de 18 de mayo de 2009, Rec. 40/2004)…*

Atendiendo a lo anterior, concluye el Alto Tribunal (en el FJ sexto, apartado 2º) que la cláusula que se incluye en las condiciones particulares de la póliza en el primero de los

[11] Nº rec. 3136/2014
[12] Nº rec. 848/2016

aseguramientos, es, simplemente, una cláusula que delimita los riesgos que se cubren. Y no es, pues, ni una cláusula limitativa que restringe los riesgos, ni tampoco es, por ende, una cláusula lesiva que provoque un desequilibrio o desproporción evidente entre las posiciones de las partes contratantes.

La cláusula es delimitadora porque tal cláusula que aparece en las condiciones particulares de la primera de las pólizas lo que hace es pretender acotar el marco temporal al que extiende su ámbito de cobertura, operación absolutamente precisa e imprescindible para que se atribuya la responsabilidad que debe asegurarse, sobre todo atendiendo a que normalmente ha de pasar un cierto período de tiempo para que nazca la obligación de la aseguradora de pagar la indemnización, desde que se inicia el momento en el que es posible que esta indemnización deba finalmente pagarse –desde que surge el accidente de trabajo–.

Además, en segundo lugar, sostiene el Tribunal que tal regulación no puede equipararse tampoco a una cláusulas limitativa, pues este tipo de previsiones son las que perfilan el riesgo cubierto y excluyen supuestos que, de ordinario, o usualmente, quedan comprendidos dentro del mismo. En este caso esta previsión en las condiciones particulares de la póliza no es limitativa porque, una vez aparecido el accidente, lo usual no es que se derive en el pago de la indemnización por IP. En cualquier caso, sostiene el Tribunal, aunque la previsión en la póliza pudiera considerarse limitativa, su redacción fue incorporada al contrato separadamente, en un folio aparte y la misma fue firmada específicamente por la empresa. La póliza se formaliza en 1997 y la incorporación de la cláusula que aparece en las condiciones particulares se incorpora, después, en el año 1999. Se cumplen, con ello, las exigencias del art. 3 de la Ley de contrato de seguro.

Finalmente, en tercer lugar, tampoco la cláusula puede ser considerada lesiva porque no aparece una desproporción o desequilibrio insuperable que, en la economía del contrato, produzca un perjuicio del asegurado puesto que la regulación de las fechas de vigencia de la póliza, y las fechas de producción del accidente y de la declaración de la incapacidad permanente únicamente tienen como finalidad el acotar el riesgo protegido y el momento en que éste se cubre.

4.6. El Fallo del Tribunal: las cláusulas pactadas son lícitas, y no cubren la mejora solicitada por el trabajador

Como consecuencia de todo lo anterior, trayendo a colación el Tribunal Supremo su doctrina previa, plasmada en la STS de 27 de mayo de 2015[13], citada como precedente de la actual, se sostiene que: *...las cláusulas de las pólizas que estipulan que el derecho a la cobertura ha de determinarse en función del momento en que se reconoce la situación objeto de protección no cabe tacharlas de ilícitas puesto que la opción de las pólizas no vulnera ninguna norma imperativa; no es contraria a la moral y tampoco se opone al orden público, si por él entendemos, como hace la doctrina científica, el constituido por los principios básicos y fundamentales de la organización de la comunidad.*

[13] nº rec. 1629/2014, pronunciamiento que, no obstante, acaba en falta de contradicción porque la sentencia invocada y la referencial afectaban a convenios colectivos diferentes.

Entiende el Tribunal que debe estarse al estricto contenido de lo pactado en contratos de seguro cuando su literalidad no ofrezca duda sobre lo querido por las partes, aspecto que no puede sustituirse por las previsiones legales en materia de prestaciones de la seguridad social, y ello, aún cuando eso suponga que la póliza de seguros ofrezca una cobertura menor a la que la empresa estaba obligada a contratar conforme a las obligaciones que le impone el convenio colectivo, sin perjuicio de que en ese caso deba asumir directamente el pago de las cantidades no aseguradas[14].

5. EL VOTO PARTICULAR: LA PÓLIZA INCORPORA CLÁUSULAS LIMITATIVAS

El Voto Particular se decanta, claramente, por apoyar el Fallo de la sentencia de contraste que provoca que se plantee el RCUD, es decir, por entender que las cláusulas particulares que aparecen en la póliza concertada con Previsora General son cláusulas limitativas habiéndose vulnerado, así, en la redacción de tal cláusula, lo previsto específicamente en el art. 3º de la Ley de contrato de seguro.

Comienza el Voto Particular afirmando que el Tribunal Supremo ha cambiado la doctrina que venía manteniendo hasta ahora acerca de la interpretación sobre la imputación de responsabilidades en el pago de las mejoras de seguridad social derivadas de accidente de trabajo y en materia de interpretación de los contratos de seguro, añadiendo a lo anterior que el art. 3º de la Ley de contrato de seguro debe interpretarse teniendo en cuenta que las cláusulas de los contratos de seguro han de redactarse con claridad y precisión, ya que supone la necesaria aceptación por el adherente de las condiciones particulares, y que, además, ha quedado desvirtuada naturaleza del riesgo asegurado, confundiendo el accidente causante de la lesión con las secuelas que deja al curar. Respecto a la misma póliza se remarca, también, el hecho de que las cláusulas particulares fueron firmadas e incorporadas en documento aparte en el año 1999, pero tales cláusulas particulares no fueron incluidas posteriormente en las renovaciones de las pólizas en los años sucesivos.

Pero, sobre todo, el Voto particular insiste en que el Fallo del Alto Tribunal no tiene en cuenta su doctrina previa, la emanada de la Sentencia de 1 de febrero de 2000, en la que la Sala mantiene que *... la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, que puede manifestarse con posterioridad al siniestro, trayendo a colación lo señalado, al respecto, en la jurisprudencia civil, que distingue claramente entre el accidente, como riesgo asegurado y el daño derivado del mismo.*

Señala, exactamente tal pronunciamiento, de 1 de febrero de 2000 que:

> *... Así lo afirma la jurisprudencia civil que distingue claramente entre el accidente, como riesgo asegurado y el daño derivado del mismo: "la declaración de invalidez, lejos de significar el hecho de la causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas en diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con éste (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1003 en el mismo sentido sentencia de 6 de febrero de 1995) y las más*

[14] FJ 5º de la Sentencia que comentamos, la STS de 29 de enero de 2019.

> *recientes de 17 de abril de 2007, 29 de diciembre de 2010 y 19 de mayo de 2011, entre otras.*
> *Otra solución sería además imposible de articular pues conforme a los artículos 1 y 4 de la Ley de contrato de seguro el contrato de seguro es nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía riesgo o había ocurrido el siniestro. Lo que quiere decir que si el accidente se ha producido en una determinada fecha, no podrá asegurarse su cobertura con posterioridad a la misma, aunque una determinada secuela (la incapacidad permanente o la muerte) se manifiesten o se constate administrativamente después. Es cierto que en determinados supuestos puede existir un margen de aleatoridad en la conversión de la lesión producida por el accidente en un efecto invalidante o en la muerte. Pero,* ***aparte de que en la mayoría de los casos, esos efectos suelen ser previsibles de acuerdo con los estándares generales, se trata de un supuesto anormal que habría de pactarse con el lógico incremento de la prima***.

Y esta es la doctrina que, entiende el Voto particular, el Fallo del Tribunal no aplica, sin renunciar, tampoco, a ella ni pretender modificarla. Las razones de la discrepancia con el Fallo son, en esencia, los siguientes: a) el riesgo asegurado era el accidente; b) la cláusula particular solamente aparece una sola vez en la póliza del año 1999 y no posteriormemente; c) la cláusula particular no es una cláusula delimitadora sino una cláusula limitativa porque restringe sorpresivamente la cobertura usual, que hubiera debido estar incluida en la primera de las pólizas.

Por tanto, concluye el Voto particular, se sale de lo usual en el seguro de accidentes que la cláusula que limita la responsabilidad de la aseguradora lo haga condicionando la vigencia de la póliza al tiempo de declararse, administrativa o judicialmente, la existencia de incapacidad permanente. Esta cláusula restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro con arreglo a la ley y a lo usual en la contratación y, por ende, merece el calificativo de limitativa de derechos, lo que requiere la aceptación expresa del contratante de seguros, aceptación expresa que no se ha producido. La cláusula es sorpresiva porque cambia la naturaleza del contrato que asegura el accidente y no la declaración de invalidez y, en definitiva, deja cautiva de la aseguradora a la empresa que tiene 12.500 empleador y siempre tendrá varios trabajadores de baja por accidente, lo que le forzará a no rescindir la póliza.

6. LA PRIMACÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD *VERSUS* LA EXIGIBLE PROTECCIÓN AL TOMADOR DEL SEGURO EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN

Llama la atención de este pronunciamiento que existe una clara división entre los Magistrados, ya que casi la mitad de los que forman el Pleno se adhieren al Voto particular formulado por el Magistrado D. José Manuel López García de la Serrana[15], lo que ya nos avisa acerca de que ambas posiciones resultan absolutamente defendibles. En el origen de todo aparece el que el funcionamiento del seguro público está muy influenciado por las normas civiles pero hay que diferenciar entre el seguro colectivo que se concierta con las

[15] Ello implica que, de los doce Magistrados que forman parte del Pleno, cinco hayan suscrito, finalmente, el Voto particular, los Magistrados Excmo. Sr. D Fernando Salinas Molina, Excma. Sra. Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Excma. Sra. Dª. Rosa María Virolés Piñol y Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

compañías privadas de seguros[16] y el resto de los seguros sociales, en los que aparecen entes de caracteres jurídico-públicos, pero el contagio mutuo entre la doctrina judicial y científica civil/mercantil y social queda aqui muy patente.

Así las cosas, lo bien cierto es que en el Fallo y en el Voto particular se hacen dos elecciones contrapuestas. En el Fallo se aboga por imponer el principio de libertad contractual (contenido en el art. 1255 CC) a la necesaria exigencia de velar por el tomador del seguro –en este caso la empresa, la parte débil del contrato de seguro–, mientras que en el Voto particular se está a favor de la decisión contraria: el clausulado debe ceder si resulta que del mismo se deduce que no ha aparecido la voluntad o el consentimiento del tomador y el asegurador ha impuesto sus cláusulas de adhesión. Ello tiene mucho que ver con tres cuestiones: a) el juez de lo social ha de resolver sobre cuestiones que se refieren a un contrato de seguro colectivo que se rige por normas ajenas a las normas sociales; b) los contratos de seguros deben cumplir lo previsto en la Ley de contrato de seguro, y debe distinguirse claramente entre las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto por la póliza, las cláusulas limitativas de este riesgo y las cláusulas lesivas; y c) la recepción de la doctrina judicial social acerca del momento en que surge el riesgo asegurado ha sido ambivalente a lo largo de estos años y se ha visto muy influenciada por lo previsto en las normas privadas o civiles –y también ha generado profundas distorsiones–, lo cual no significa que tal contagio haya debido hacerse, también, a la inversa, es decir, que lo previsto por tal doctrina social se convierta en la práctica habitual desde la cual deban señalarse las condiciones generales de las pólizas de seguros.

6.1. El juicio acerca de la validez del clausulado del contrato de seguro corresponde al Juez de lo social

La cuestión que se resuelve aquí por el Alto Tribunal (Sala de lo social) parece escapar a las cuestiones que debieran ser objeto del proceso social, dado que el contrato de seguro se rige por normas ajenas al derecho del trabajo y al derecho de la seguridad social, aunque es cierto que el derecho a aparecer como beneficiario de la póliza colectiva que la empresa suscribe se produce, precisamente, por la conexión que tiene el trabajador con la empresa y, también, por haber sufrido un accidente por causa del trabajo y tener derecho a lucrar, por ello, una prestación del sistema de seguridad social. El juez de lo Social viene obligado, así, a resolver sobre cuestiones predominantemente mercantiles, en las que ha de tenerse en cuenta doctrinas judiciales (como la relativa a la diferenciación entre las cláusulas delimitativas del riesgo y cláusulas limitativas del contrato de seguro) que, incluso en opinión de la doctrina científica especializada, tampoco ha tenido un desarrollo jurisprudencial muy preciso[17]. Y ello porque la empresa desplaza hacia empresas privadas la cobertura de la mejora convencional, y, por tanto, tanto la póliza como sus vicisitudes aparecen comprendidos dentro de lo que se considera como la rama social del derecho, y la competencia es el orden social (art. 2º LRJS)[18]; es cierto, por tanto, que se usa un contrato

[16] Vid, en torno a esta cuestión, ALONSO SAURA, J.L., Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad social en los convenios colectivos, en p. 77 y ss.

[17] Vid. PERTIÑEZ VILCHEZ, F., Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro, RES, 2006, 123-124, p. 529.

[18] Artículo 2. Ámbito del orden jurisdiccional social. Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: (…) b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o

(...)

mercantil pero la mejora tiene –por sí misma– naturaleza socio-laboral. Y estas demandas –como ocurre en la que es objeto de comentario– suelen dirigirse contra entidades diferentes de las empresas (las compañías aseguradoras), pero también suele ocurrir que la demanda incluye a las empresas y a las compañías aseguradoras que hayan podido tener implicación y que puedan asumir toda o parte de la responsabilidad[19].

6.2. Acerca de las cláusulas lesivas, las cláusulas limitativas y las cláusulas delimitadoras en las pólizas de seguros

Es muy abundante la doctrina judicial civil[20] y los estudios de la doctrina científica especializada que se dedican a abordar esta compleja cuestión –de índole mercantilista– que versa acerca de a la posible infracción del arts. 1º y 3º de la Ley del contrato de seguro, y en torno a la cuestión de cuándo nos encontramos en las pólizas de seguros ante las denominadas cláusulas delimitadoras del riesgo, ante cláusulas limitativas o ante cláusulas lesivas[21] de los derechos de los asegurados[22], siendo la transparencia, siempre, el elemento que juega un papel más relevante.

De entre estas tres tipologías las que nos incumbe diferenciar son las cláusulas limitativas –que solamente pueden ser opuestas por el asegurador si se ha destacado de forma especial en la póliza y si el asegurado la ha aceptado expresamente con su firma– respecto de las delimitadoras, que son las que concretan o acotan el riesgo objeto de cobertura frente a la concreta posibilidad de evento dañoso[23]. Al respecto, como señala la doctrina especializada, esta distinción dista mucho de ser fácil. Y ello porque, en el día a día, aparecen fórmulas

contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente. (…) q) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario.

[19] Vid, al respecto, SEMPERE NAVARRO, A.V., Momento de la contingencia en los seguros por incapacidad peramanente, Repertorio de jurisprudencia, parte Comentario, nº 4, 2006.

[20] Entre otros muchos pronunciamientos, Vid. así, la STS (Sala de lo Civil) de 17 de abril de 2018, nº rec. 3226/2015, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 26 de abril de 2018, nº rec. 85/2018, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de junio de 2018, nº rec. 151/2018, o, más recientemente, la STS (Sala de lo Civil) de 29 de enero de 2019, nº rec. 2159/2016. Las Salas de lo Social recogen, así, sin más, esta doctrina civilista en sus propias resoluciones. Es lo que hace, por ejemplo, la STSJ (Sala de lo Social) de la Comunidad Valenciana de 20 de noviembre de 2018, nº rec. 538/2018.

[21] Las cláusulas lesivas serían aquéllas que reducen considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. Vid. GARCÍA DE LA SERRANA, J., Consideraciones sobre la diferenciación entre cláusulas delimitadoras y limitadoras del riesgo, con especial mención a las cláusulas lesivas o sorpresivas, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 104, 2017.

[22] Vid, entre otros, PERTIÑEZ VILCHEZ, Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro, en RES, 2006, 123-124, p. 529 y ss.; TAPIA HERMIDA, A., El proceso de reforma del régimen del seguro de responsabilidad civil: desde la vigente Ley de contrato de seguro hasta el anteproyecto de Ley de código mercantil, la delimitación objetiva de la cobertura ante la nueva regulación de las cláusulas generales y las cláusulas limitativas, RES, 2014, nº 158, p. 143 y ss.

[23] Vid. ISERN, Rosa, "Las condiciones generales del contrato de seguro", *Revista Derecho Mercantil*, nº 292, 2014, p. 7,

genéricas que plantean problemas de interpretación, por lo que la concreción y la claridad de las cláusulas es clave y, en definitiva, lo que resulta esencial para efectuar tal distinción es comprobar si el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto a través de elementos que incluyen criterios subjetivos, espaciales, geográficos y temporales[24]. Al respecto, suele ser también frecuente el que la doctrina aluda a que el concepto de la cláusula limitativa hace referencia, así, al contenido natural del contrato y al alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica asegurada[25].

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de abril de 2017 (nº rec. 848/2016)[26], también acude a explorar si se utilizan en las pólizas supuestos que de ordinario o usualmente quedan comprendidos en el riesgo cubierto[27]. Y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 de enero de 2019[28] recientemente ha mantenido que: (…) *La jurisprudencia, al determinar en la práctica el concepto de cláusula limitativa, lo refiere al contenido natural del contrato, "derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora (…).*

[24] VEIGA COPO, A., Distinción entre cláusulas delimitadora y limitativa en el contrato de seguro, en Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Tratado del contrato de seguro, Aranzadi, 2012, p. 1. Llega a señalar este autor, p. 9, que *…Por ello, en este tipo de pólizas junto a criterios de determinación estrictamente causal, esto es, determinación del supuesto de responsabilidad cubierto en atención al hecho que origina la obligación de indemnización del asegurado frente al perjudicado, han de tenerse en cuenta, además, criterios subjetivos, espaciales, geográficos y temporales, con lo que en cierto sentido ha de hablarse de una clara pluralidad de criterios de delimitación que son quienes determinan el alcance de la cobertura.*

[25] Vid, LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., Consideraciones sobre la diferenciación entre cláusulas delimitadoras y limitadoras del riesgo, con especial mención a las cláusulas lesivas o sorpresivas, Revista de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 104, 2017, p. 3, aludiendo este autor a la doctrina judicial dictada desde la Sentencia de la Sala Primera del Pleno de 11 de septiembre de 2006.

[26] Con cita a la previa STS de 18 de febrero de 2016 (nº rec. 3136/2014).

[27] Señalando exactamente que: *(...) A propósito de la distinción entre cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras: las primeras son siempre inválidas en tanto que las limitativas pueden alcanzar validez si cumplen las dos condiciones que enumera la ley; esto es, que se destaquen de modo especial y que sean específicamente aceptadas por escrito. La consideración como lesiva de una cláusula se fundamenta en la desproporción o desequilibrio insuperables que, en la economía del contrato, produce en perjuicio del asegurado. Ese vicio de lesividad comporta la nulidad de la cláusula y no la del resto del contrato, esquema que responde al conocido de la nulidad parcial del contrato. Por el contrario, puede entenderse que son cláusulas limitativas las que restrinjan los derechos del asegurado, sin llegar a producir la desproporción o desequilibrio insuperables de su posición jurídica en la economía del contrato. Por ello, se consideran válidas si cumplen los requisitos formales antes reseñados. Ocurre, sin embargo, que una buena parte de las cláusulas que merecen el calificativo de limitativas suponen, a la vez, un instrumento de delimitación del riesgo cubierto por el contrato. Por ello, el criterio mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia civil es tratar de separar ambos tipos de cláusulas, excluyendo a las puramente delimitadoras del riesgo cubierto del doble requisito impuesto a las puramente limitativas por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. De esta forma, existe consenso en considerar que los derechos del asegurado son delimitados siempre que una cláusula acota el riesgo objeto de cobertura por medio del contrato de seguro y, por el contrario, son limitados sólo cuando tal cláusula, al perfilar el riesgo cubierto excluye supuestos que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo. En definitiva, como pone de relieve la STS –Sala 1ª– de 5 de junio de 1997, «La concreción del riesgo asegurado no supone limitación en los derechos del asegurado». Y, además, deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquéllas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo (como es la circunstancia del caso presente) y en qué ámbito espacial (STS1ª de 18 de mayo de 2009, Rec. 40/2004)."*

[28] Nº rec. 2159/2016

Esta doctrina judicial anteriormente referenciada es, precisamente a la que alude el Voto particular, donde, como se recordará, se llega a decir que se sale de lo usual la introducción de una cláusula como la que aparece contenida en el apartado 3º de la primera de las pólizas, en la que se limita la responsabilidad de la aseguradora a la vigencia de la póliza al tiempo de redactarse, administrativa o judicialmente, la existencia de incapacidad permanente.

6.3. La doctrina judicial en torno al hecho causante en las mejoras voluntarias

La problemática planteada surge en torno a si aparece, en la práctica judicial, en este caso, reglas que, de alguna manera resuelvan si el riesgo asegurado deba fijarse en el seguro colectivo en relación a un determinado momento que tenga relación con la situación laboral o de seguridad social de quien tiene derecho a la mejora.

La jurisprudencia social, así, ha venido resolviendo supuestos en los que lo debatido ha sido el acceso a mejoras en los supuestos en los que el siniestro (accidente o enfermedad) estuviera alejados en el tiempo del momento a tener el derecho al acceso a la prestación, y, al respecto, hay que poner de relieve que –aunque las resoluciones han mostrado un signo vacilante a lo largo de los años– e incluso se ha llegado a señalar que a la regla fijada en cada momento le aparecían tantas excepciones que se puede dudar perfectamente de su entidad[29], también ha habido un cierto consenso acerca de que ciertos pronunciamientos –en determinadas fechas– han marcado las "tendencias".

Así, la doctrina científica mayoritariamente ha asumido que, a la vista de los pronunciamientos emitidos, han podido existir una tres grandes etapas –a grandes rasgos–[30]: a) un primer período, iniciado desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1985, etapa que se caracterizó por una cierta inseguridad pues se buscaba la protección del trabajador, aunque la razón decisoria utilizaba cambiaba en cada caso; b) un segundo período, que dio comienzo con la Sentencia de 20 de abril de 1994, en el que (a raíz de la resolución de la concesión de una mejora voluntaria en un supuesto extremo en el que la EP del trabajador se declara de forma bastante tardía) se resuelve que el momento del hecho causante ha de fijarse ciñéndolo al momento en el que la Administración de SS declare la situación de invalidez permanente, y se concretan los efectos de la misma; y c) un tercer período, que comienza desde la Sentencia de 1 de febrero de 2000, en el que se señala que el momento relevante para entender que aparece el hecho causante es aquel en el que se produjo la causa determinante de la lesión corporal que dio comienzo el evento dañoso. Estas etapas coincidirían con lo que también se ha relacionado con la asunción de una fase por los tribunales llamada publicista o inicial (hasta la aparición de la mentada Sentencia del

[29] Vid. FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J., Responsabilidad empresarial ante siniestro profesional por insuficiencia de seguro para cubrir una mejora voluntaria. O sobre la polémica en torno a la determinación del hecho causante y las obligaciones de las partes en un contrato de seguro (Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2008), Tribuna Social, nº 222, p. 63.

[30] Vid. RIOS MESTRE, J., Reaseguro y mejoras voluntarias en accidentes de trabajo: la cuestión del hecho causante, Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 52, 2000.

Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000), y una segunda fase, a la que se denomina una segunda fase privatista, que se considera la fase actual en el año 2006[31].

Sea lo que fuere, este pronunciamento de 1 de febrero de 2000[32] –un año después de que se firmaran las cláusulas particulares con la primera de las compañías, en la Sentencia comentada– tenía una clara intención: señalar un criterio que procurara una cierta seguridad jurídica en los supuestos en los que fuera difícil atribuir la responsabilidad del pago de la mejora a un ente determinado. Tal como se puede leer en tal Sentencia:

> *...La solución contraria lleva, además, a consecuencias prácticas inconvenientes, que se han manifestado con claridad en la experiencia anterior y que han de tenerse en cuenta en una interpretación sensible a la realidad social (artículo 3 del Código Civil): dificultad de protección de los accidentes de los trabajadores temporales cuando la extinción del contrato de trabajo se produce antes de la constatación de la incapacidad permanente o de la producción de la muerte, imposibilidad o extrema dificultad de las empresas para suscribir pólizas cuando ya se ha actualizado el riesgo y es previsible el daño derivado del mismo, facilitación de conductas estratégicas o incluso fraudulentas cuando la cobertura depende de un hecho o de una actuación posterior a la producción de la contingencia determinante.*

7. PARA FINALIZAR, UNA INTENSA Y COMPLEJA POLÉMICA RELEGADA A LA CASUÍSTICA

El aseguramiento debería garantizar que son las Compañías privadas las que corren con el pago de los capitales, pero ello precisa que el seguro colectivo –un negocio regido por normas mercantiles– incluya las coberturas precisas, algo que no es tan fácil si, como aqui ocurre, la empresa ha concertado diferentes pólizas con dos compañías en las que constan cláusulas de diferente tenor. La complejidad del caso radica en que el cumplimiento y la redacción misma y la interpretación de estos seguros colectivos, y, a la postre, la cobertura ofrecida esconde elementos *sui generis*, pues el pago al trabajador accidentado (o sus causahabientes) de la indemnización contenida en el convenio colectivo, y plasmada en la

[31] Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., Momento de la contingencia en los seguros por incapacidad permanente, Repertorio de jurisprudencia, nº 4, 2006, Parte comentario, p. 3 y 4.

[32] En el Voto particular de esta Sentencia de 1 de febrero de 2000, daba cuenta, también de las dificultades de la asunción de esta regla. Se recoge literalmente, así, que: *....Asi pues, en mi opinión, nada impide que se disponga una determinada mejora voluntaria de seguridad social vinculándola, de forma clara y explícita, al momento del hecho causante de la incapacidad permanente derivada de un accidente de trabajo, y no al instante en que ese siniestro se produjo; la validez y licitud de tal clase de mejoras son palmarias; no se vislimbra ningún precepto legal que pudiera resultar infringido con la institución de una mejora voluntaria de esta clase. Sin embargo, esa mejora resultaría inadmisible para la comantada sentencia mayoritaria de la que este voto particular discrepa. Parece más prudente el criterio que se adoptaba en la jurisprudencia ahora rectificada y abandonada, en el que se supeditaba la aplicación de la tesis principal que en ella se mantenía, a que no se estableciese otra cosa en el título de la mejora.*
Y continúa señalándose, además que: *...Es cierto que esa doctrina jurisprudencial ahora rectificada produjo al llevarse a la práctica, en la realidad del tráfico jurídico, determinados desajustes y ciertas situaciones que no se compaginaban en forma adecuada con una correcta exigencia de razonabilidad y de justicia; pero es obvio que, en primer lugar, no pocos de esos desajustes e inconvenientes podrían haber sido superados tan sólo con haber aplicado una interpretación flexible de esa doctrina jurisprudencial, y todos ellos podían ser vencidos y eliminados mediante el establecimiento de reglas adecuadas en los títulos constitutivos de las mejoras. En cualquier caso, la doctrina que se estatuye en la sentencia mayoritaria no está libre, en absoluto, que de ella se deriven inconvenientes, quebrantos y dificultades; los cuales en mi opinión, pueden alcanzar una gravedad acusada e intensa.*

póliza, va a depender de la actualización de un riesgo definido en una póliza mercantil pero con dependencia de la aparición de un riesgo ligado a los mecanismos de protección social. Pero, además, nos encontramos con un supuesdo especialmente crítico, pues el riesgo asegurado parece alterarse y también el momento en el que surge la cobertura al cambiarse de entidad aseguradora.

Por eso, si la póliza que cubre la mejora no está vigente durante todo el período de tiempo que media entre el AT y la IPT del trabajador beneficiario, o si cambia alguna situación clave, por ejemplo, si el contrato del trabajador se extingue antes de que se declare en situación de IPT (por lo que el sujeto ya no aparecerá como empleado), o si la póliza se extingue y se concierta una nueva con una compañía mercantil diferente, siempre en ese mismo lapso temporal, es decir, después del accidente y antes de la declaración de la IPT, entonces, esta situación debe estar prevista expresamente en el clausulado. Y sería deseable que el aseguramiento de las mejoras a través de seguro colectivo exigiera, pues, (para dotar de seguridad al negocio mercantil) que deba conocerse por el tomador del seguro exactemente –sin dudas– cuándo la compañía de seguros ha de responder, es decir, qué exacto acontecimiento señalaría el momento temporal de la responsabilidad del pago, asumiéndose que, cuando ese momento referencial incluya excepciones claras –y la cobertura se restrinja o se extienda respecto al momento de la vigencia de la póliza– éstas deben pactarse expresamente.

Y aqui, aunque el Fallo del tribunal perjudique al tomador del seguro –la empresa– habiendo abonado una prima muy cuantiosa, estas cuestiones se redactan en la póliza y se resuelve cuál es la cobertura y las exclusiones de la misma: en la primera de las pólizas se traza el momento en el que la compañía responde por referencia a la declaración de la incapacidad permanente, pero se incluye, además, en la cobertura, a los trabajadores que todavía no hayan sido declarados en incapacidad permanente al momento de la vigencia de la póliza –lo contrario no permitiría asegurar porque el siniestro habría aparecido previamente a su aseguramiento, lo cual va contra la lógica del seguro privado–. Y una póliza de similar o idéntica redacción con la segunda aseguradora habría cubierto los riesgos que se reclaman por el trabajador. En lugar de eso, la mercantil suscribe un contrato de seguro en cuyas cláusulas generales se señala que se exige que el accidente haya tenido lugar dentro del período de vigencia de la póliza, sin incluirse expresamente a los trabajadores que ya hubieran podido haber sufrido un accidente previamente.

Las partes incorporan al clausulado un criterio claro respecto a cúando aparece el riesgo asegurado y resuelven establecer el momento de la cobertura, estableciendo cláusulas específicas que cubren las situaciones problemáticas –cuando finalice la poliza y la cobertura esté pendiente de ser otorgada o no–. Y las condiciones particulares de la primera póliza aparecen firmadas en documento anexo, por lo que, aunque tuvieran carácter limitativo habrían cumplido lo previsto en la Ley de contrato de seguro.

Pero, por contra, también es cierto que la póliza primera excluye de su cobertura lo que podría haberse considerado –desde el análisis de la doctrina científica y judicial social– la cobertura que se identifica con la práctica común usual, atendiendo a lo que, al respecto, se soluciona desde la doctrina científica y judicial social, en los términos que han quedado analizados. Así, para que la protección cumpla la finalidad de ofrecer cobertura el criterio que suele manejarse en el derecho social es que el riesgo que debe protegerse y quedar,

siempre, asegurado, a partir del momento en el que surge el accidente del afectado, lo que implicaría que se alcanzaría, entonces, incluso a momentos en los que la vigencia de la póliza ya no aparece –curiosamente importando mecanismos desde el derecho civil/mercantil–, para evitar, precisamente, que los trabajadores con contratos temporales o con el contrato ya extinguido sufran perjuicios, y para evitar que, alterado el sujeto responsable del pago (INSS o Mutua), exista dudas acerca de quién debe hacerse cargo del pago de la prestación misma (IP), doctrina ésta que se ha acoge –igualmente– a las mejoras voluntarias (no sin asumir problemas derivados de la adopción de la misma, como se ha visto). Por tanto, esta es la solución que se adopta en los casos en los que la protección social se rige por entes diferentes que otorgan la protección, y respecto de los cuales se plantea quién ha de asumir el pago de la prestación de incapacidad permanente[33].

La cuestión es si este criterio sería práctica usual y predeterminante del pacto suscrito y si, vigente en el año 1999 el criterio publicista, al entrar en vigor el criterio privatista pudiera haber cambiado –también– la voluntad de las partes manifestada en el contrato. La mera duda generaría, incluso, que aparezcan cláusulas oscuras en el contrato son visibles posteriormente a haber sido escritas cuando acontecen cambios legales o jurisprudenciales posteriormente, algo que sería posible atendiendo a que el contrato de seguro se mantiene (invariable, en forma) durante 12 años.

Y, al respecto es clave, también, si la voluntad de las partes aparece claramente definida en el contrato seguro, cuestión que debemos poner en relación, necesariamente, con la descripción de los hechos y las circunstancias del caso, para saber si de ellas se puede saber cuál había sido la intención o el propósito de los contratantes[34]. Y realmente hay dudas acerca de si el tomador del seguro había entendido que estaría firmando un infraseguro porque, lo primero, el contrato de seguro, en términos generales, señala expresamente que la finalidad de la póliza es asegurar los riesgos derivados del convenio colectivo –finalidad que, a la vista del clausulado completo, después, no se cumple–; además, las condiciones particulares de la póliza aparecen en el año 1999 y nunca después en los 10 años siguientes en la documentación que aporta la Compañía. Estas condiciones particulares –que excluyen coberturas, por tanto, son limitativas– aparecen en una póliza vigente 12 años y una sola vez como un anexo –firmado, eso si– sólo esa anualidad. Tampoco parece que la prima y el cambio de compañía aseguradora implique que se cubran menores riesgos respecto a la compañía anterior –lo que dependería, por ejemplo, de si, a cambio, se hubiesen pactado otras mejoras, o si se hubiera rebajado el precio establecido–. Ello serían indicios de que la mercantil podría haber firmado un contrato sin tener voluntad real de excluir tal cobertura, y, siendo la parte débil del contrato, ello podría haber también permitido descargar la responsabilidad del pago en las compañías aseguradoras.

[33] Vid. respecto al conflicto de quién debe hacer frente al pago de la IP derivada de EP entre INSS y Mutuas la STS de de 15 de enero de 2013 (nº rec. 1152/2012).

[34] Vid. FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J., Responsabilidad empresarial ante siniestro profesional por insuficiencia de seguro para cubrir una mejora voluntaria. O sobre la polémica en torno a la determinación del hecho causante y las obligaciones de las partes en un contrato de seguro (Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2008), en Tribuna Social, nº 222, 2009, especialmente crítico con la posición del Tribunal Supremo de considerar que aparecía el infraseguro. En este otro pronunciamiento del Alto tribunal también concluía –como ahora– que la cobertura del trabajador no estaba comprendida en el seguro colectivo porque las compañías aseguradoras también habían sido dos y habían fijado como momento del siniestro, en una póliza, la incapacidad permanente, y, en la otra el accidente de trabajo, aunque sin establecer, como sí se hace ahora, cláusulas de exclusión de coberturas.

Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas

Laborum

La Seguridad Social Complementaria en Portugal
Complementary Social Security in Portugal

MÁRIO SILVEIRO DE BARROS
DOCTOR INTERNACIONAL EN DERECHO

Resumen

Este trabajo analiza las cuatro instituciones que integran la social seguridad complementaria en Portugal. La primera son los denominados regímenes complementarios de iniciativa colectiva, que es el término jurídico portugués relativo a los planes y fondos privados de pensiones. La segunda es el denominado régimen público de capitalización, que es una especie concreta de dichos planes y fondos de pensiones. La tercera es el denominado régimen de seguro social voluntario, estipulado por un potencial beneficiario con la Administración portuguesa de seguridad social. Y la última, las mejoras de seguridad social creadas por convenio colectivo.

Palabras clave

Contencioso, Mejoras voluntarias, Planes y fondos de pensiones, Portugal, Seguridad social complementaria

Abstract

This paper analyses the four institutions that form the complementary social security in Portugal. The first are the so-called complementary collective initiative schemes, which is the Portuguese legal term related to private pension plans and funds. The second is the so-called public capitalisation scheme, which is a specific kind of said pension plans and funds. The third is the so-called voluntary social insurance scheme, stipulated by a potential beneficiary with the Portuguese Social Security. And the last one covers social security increases created by collective agreement.

Keywords

Litigation; voluntary increases; pension plans and funds; Portugal; complementary social security

1. LAS FUENTES REGULADORAS

1. En Portugal, la norma clave en materia de seguridad social (y por tanto, también en materia de seguridad social complementaria) es la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, que «aprueba las bases generales del sistema de seguridad social [*aprova as bases gerais dos sistema de segurança social*]»[1]. Tiene un cierto paralelismo con la vigente Ley General española de Seguridad Social, aunque este paralelismo no puede extremarse en absoluto. Ello se debe, de un lado, a haber sido promulgada en ejecución del mandato contenido en el artículo 165 de la Constitución de la República, según el cual «es de la competencia exclusiva de la Asamblea de la República legislar sobre … bases del sistema de seguridad social», lo que significa que la Ley en cuestión sólo puede ser modificada por el legislativo portugués, pero no por el poder ejecutivo (promulgando, por ejemplo, un Decreto Ley). Y de otro lado –también desde un punto de vista constitucional–, por tratarse de una Ley de valor reforzado (en consecuencia, incluida entre las leyes «que, por imperio de la Constitución, sean presupuesto normativo necesario de otras leyes o que por otras deban ser respetadas [*que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou*

[1] Respecto de esta Ley, con anotaciones, véase CONCEIÇÃO, A.J.B., *Legislação da Segurança Social*, 6ª ed., Almedina (Coimbra, 2017), págs. 37 y ss.; CONCEIÇÃO, A.J.B., *Segurança Social*, 9ª ed., Almedina (Coimbra, 2014), págs. 53 y ss.

Fecha Recepción: 10-4-2019 – Fecha Revisión: 3-5-2019 – Fecha Aceptación: 4-5-2019
Pag. 219-230

que por outras devam ser respeitadas]»)[2], lo que tampoco sucede con la Ley General española de Seguridad Social, que es una más de las muchas leyes ordinarias vigentes en España. Esto explica que la Ley núm. 4/2007 sea una norma de tenor relativamente estable, habiendo padecido –desde que se promulgó, hace ahora doce años– sólo una modificación, operada por la Ley núm. 83-A/2013, de 30 diciembre, que afectó a sus artículos 63 (rotulado «Marco legal de las pensiones [*Quadro legal das pensões*]») y 64 (rotulado «Factor de sostenibilidad [*Factor de sustentabilidade*]»).

2. En la estructura de esta Ley de bases, la clave son tres Capítulos, respectivamente reguladores de los tres pilares sobre los que se asienta el sistema portugués de seguridad social, a los que genéricamente alude el artículo 23 de la misma (rotulado «Composición del sistema [*Composição do sistema*]»), a cuyo tenor «el sistema de seguridad social comprende el sistema de protección social de ciudadanía, el sistema de previsión y el sistema complementario [*o sistema de segurança social abrange o sistema de protecção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar*]». El primero de dichos tres Capítulos es el Capítulo II (rotulado «Sistema de protección social de ciudadanía [*Sistema de protecção social de cidadania*]»), artículos 26 a 49, donde aparece regulado lo que –con terminología española– podría denominarse seguridad social no contributiva (esto es, no financiada con cotizaciones sociales, sino con impuestos), cuya finalidad es hacer efectivo el principio de universalidad del sistema portugués de seguridad social[3]. El segundo es el Capítulo III (rotulado «Sistema de previsión [*Sistema previdencial*]»), artículos 50 a 80, relativo a lo que –de nuevo con terminología española– podría denominarse seguridad social contributiva (esto es, financiada con cargo a «cotizaciones [*quotizações*]» o «contribuciones [*contribuições*]», según que sean pagadas por los trabajadores asalariados o por los empresarios, respectivamente), haciendo así efectivo el denominado principio de contributividad[4]. El tercero es el Capítulo V (rotulado «Sistema complementario [*Sistema complementar*]»), regulador de lo que en España se conoce, doctrinalmente hablando, con las denominaciones de seguridad social complementaria o voluntaria[5]. Lógicamente, este último es el único de los Capítulos que interesa examinar, a los concretos efectos de este trabajo.

3. Este Capítulo V de la Ley comprende los artículos 81 a 86. Se trata de seis artículos de tenor relativamente breve, agrupados en tres Secciones, teniendo en cuenta que la primera contiene un solo artículo (el 81), que la segunda también contiene un solo artículo (el 82), mientras que los cuatro restantes aparecen alojados en la Sección tercera. Los seis preceptos poseen un triple común denominador, que justifica su conceptuación como verdadera seguridad social complementaria. El primero se refiere al carácter voluntario de las instituciones que conforman este tercer pilar del sistema portugués de seguridad social, afirmándose a este efecto, por ejemplo, en relación con concretas instituciones comprendidas en el mismo, que puede tratarse de «un régimen de adhesión voluntaria individual [*um*

[2] Cfr. artículo 112, apartado 3. Al respecto, en la doctrina constitucional portuguesa, véase MIRANDA, J. y MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II*, Coimbra Editora (Coimbra, 2005), págs. 289 y ss.; y GOMES CANOTILHO, J.J. y MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*, 4ª ed. revisada, Coimbra Editora (Coimbra, 2007), págs. 35 y ss.

[3] Sobre este principio, véase artículo 6 de la Ley.

[4] Sobre este principio, véase artículo 54 de la Ley.

[5] Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs. 343 y ss.

regime de adesão voluntária individual]»[6] o de «regímenes de creación facultativa [*regimes de instituição facultativa*]»[7]. El segundo apunta, por su parte, a que lo complementado es sólo la seguridad social portuguesa contributiva, pero no la seguridad social portuguesa no contributiva o asistencial (literalmente, por ejemplo, «se dirige a la atribución de prestaciones complementarias de las concedidas por el sistema de previsión, teniendo como objetivo el refuerzo de la protección social de los beneficiarios [*visa a atribuição de prestações complementares das concedidas pelo sistema previdencial, tendo em vista o reforço da protecção social dos beneficiários*]»)[8], justificando esta caracterización el hecho de que alguien tenga que pagar o contribuir para que pueden percibirse las correspondientes prestaciones del sistema complementario (literalmente, por ejemplo, «los regímenes profesionales complementarios son financiados por las entidades empleadoras o por los trabajadores independientes, sin perjuicio del pago eventual de cotizaciones por parte de los trabajadores por cuenta ajena [*os regimes profissionais complementares são financiados pelas entidades empregadoras ou pelos trabalhadores independentes, sem prejuízo de eventual pagamento de quotizações por parte dos trabalhadores por conta de outrem*]»)[9]. El tercero se refiere a su incardinación en la política de fomento del Estado (en cambio, la seguridad social contributiva y la seguridad social asistencial forman parte de la política de servicio público del propio Estado), afirmando a este respecto el primero de los preceptos del Capítulo que «los regímenes complementarios son reconocidos como instrumentos significativos de protección y solidaridad social, concretada en el reparto de las responsabilidades sociales, debiendo su desarrollo ser estimulado por el Estado a través de incentivos considerados adecuados [*os regimes complementares são reconhecidos como instrumentos significativos de protecção e de solidariedade social, concretizada na partilha das responsabilidades sociais, devendo o seu desenvolvimento ser estimulado pelo Estado através de incentivos considerados adequados*]»[10]. Como todas las normas contenidas en la Ley núm. 4/2007, estos seis preceptos son normas meramente «básicas», estando necesitadas de otras normas reguladoras de los detalles o concreciones, que en dicha Ley sólo aparecen básicamente (o si se quiere, en esqueleto) tratadas, resultando ser la regla general que se trate de otras normas legales promulgadas al margen de la Ley núm. 4/2007, teniendo en cuenta –en mi opinión– que las principales instituciones que conforman la seguridad social complementaria portuguesa (todas ellas reguladas por normas extravagantes) son cuatro, cuyo examen abordaré en los epígrafes de este trabajo inmediatamente subsiguientes.

2. LOS REGÍMENES COMPLEMENTARIOS DE INICIATIVA COLECTIVA

4. La primera de las instituciones de la seguridad social complementaria portuguesa son los denominados «regímenes complementarios de iniciativa colectiva [*regimes complementares de iniciativa colectiva*]», monográficamente regulados en la Sección III del Capítulo V de la Ley núm. 4/2007[11]. Se trata de la denominación legal de lo que en todos los países de la Unión Europea se conoce con el nombre de planes y fondos de pensiones[12], cuyo

[6] Cfr. artículo 82, apartado 1.
[7] Cfr. artículo 83, apartado 1. En este mismo sentido, cfr. artículo 84.
[8] Cfr. artículo 82, apartado 1.
[9] Cfr. artículo 83, apartado 4.
[10] Cfr. artículo 81, apartado 2.
[11] Sobre los de «iniciativa individual», véase *infra*, núm. 13.
[12] Sobre el tema, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Los planes de pensiones en el sector público*, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2008), págs. 72 y ss.; ya antes, MONEREO PÉREZ, J.L. y *(...)*

Derecho común europeo está contenido, como se sabe, en las tres siguientes Directivas comunitarias: 1) la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 diciembre 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE), que derogó la Directiva homónima 2003/41/CE del Parlamento, de 3 junio 2003; 2) la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 junio 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad; y 3) la Directiva 2014/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 abril 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. La norma portuguesa que transpone todo este Derecho de la Unión Europea no es la recién citada Sección III del Capítulo V de la Ley núm. 4/2007, sino dos normas anteriores a la promulgación de la misma, que son el Decreto-Ley núm. 428/99, de 21 octubre, y el Decreto-Ley 12/2006, de 20 enero, últimamente modificado por la Ley núm. 35/2018, de 20 julio, de manera que la Sección III citada lo único que hace es resumir, con pocas palabras (literalmente, «bases generales»), el contenido de dichos dos Decretos-Leyes anteriores a la misma.

5. En esta Sección III, los preceptos dedicados a regular el tema son sus artículos 83, 85 y 86. Como es comprensible, se trata de una regulación muy genérica, aunque cabe destacar en ella tres aspectos especialmente relevantes. En primer lugar, su ámbito de beneficiarios, afirmando a este respecto –como regla general– que «los regímenes profesionales complementarios comprenden trabajadores por cuenta ajena de una empresa, de grupos de empresas o de otras entidades empleadoras de un sector profesional o interprofesional, así como trabajadores independientes [*os regimes profissionais complementares abrangem trabalhadores por conta de outrem de uma empresa, de grupos de empresas ou de outras entidades empregadoras de um sector profissional ou interprofissional, bem como trabalhadores independentes*]»[13]. En segundo lugar, la separación entre entidad promotora y entidad gestora del concreto plan o fondo de que se trate, pues «cuando, en el ámbito de un régimen profesional complementario, estuviera en cuestión la atribución de prestaciones en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, la respectiva gestión tiene que ser concedida a entidad jurídica distinta de la entidad que lo creó [*cuando, no âmbito de um regime profissional complementar, estiver em causa a atribuição de prestações nas eventualidades de invalidez, velhice e morte, a respectiva gestão tem de ser concedida a entidade jurídica distinta da entidade que o instituiu*]»[14]. En tercer lugar, la enumeración de los principios específicamente rectores de la actuación de los mismos, dado que «la reglamentación de los regímenes complementarios de iniciativa colectiva también debe concretar el principio de igualdad de trato por razón de sexo y la protección jurídica de

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Comares (Granada, 2004), págs. 21 y ss. En Portugal, véase XAVIER, B.G.L., FURTADO MARTINS, P. Y NUNES DE CARVALHO, A., «Pensões complementares de reforma - Inconstitucionalidade da versão originária do art. 6º, 1, e) da LRC», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 1-2-3 (1997), págs. 151 y ss.; XAVIER, B.G.L., «Problemas jurídico-laborais dos fundos (fechados) de pensões. Direitos dos trabalhadores», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 3-4 (2009), págs. 22 y ss.; ROMANO MARTINEZ, P., «Alterações de regime jurídico e tutela de direitos adquiridos», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 3-4 (2011), págs. 87 y ss.; y ROMANO MARTINEZ, P., «Previdência complementar: impactos de decisões judiciais v. mutualismo», *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, núm. 3 (2013), págs. 2067 y ss.

[13] Cfr. artículo 83, apartado 3.

[14] Cfr. artículo 85, apartado 2.

los derechos adquiridos y en formación, y fijar las reglas relativas a la portabilidad de aquellos derechos, a la igualdad de trato fiscal entre regímenes y al derecho de información [*a regulamentação dos regimes complementares de iniciativa colectiva deve ainda concretizar o princípio da igualdade de tratamento em razão do sexo e a protecção jurídica dos direitos adquiridos e em formação, e fixar as regras relativas à portabilidade daqueles direitos, à igualdade de tratamento fiscal entre regimes e ao direito à informação*]»[15].

6. Desde un punto de vista comparatista, tiene interés el tema del contencioso portugués sobre planes y fondos de pensiones, si se trata de planes y fondos de pensiones «de empleo». En España, sobre la base de que el contencioso laboral y el contencioso de seguridad social están unificados, es un asunto contencioso laboral por disposición expresa de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social[16]. En Portugal, en cambio, sobre la base de que el contencioso laboral es una cosa y el contencioso de seguridad social es otra cosa distinta (más en concreto, contencioso administrativo)[17], es claro que el contencioso de los planes y fondos de pensiones de empleo no es contencioso de seguridad social. En efecto, hay que tener en cuenta que el precepto regulador del contencioso de la seguridad social en la Ley núm. 4/2007 es su artículo 77, que está ubicado en el Capítulo IV de la misma, literalmente rotulado «Disposiciones comunes a los subsistemas de solidaridad y protección familiar [ambos integrados en la seguridad social no contributiva] y al sistema de previsión [esto es, la seguridad social contributiva] [*Disposições comuns aos subsistemas de solidariedade e protecção familiar e ao sistema previdencial*]»[18], quedando excluido del radio de acción de dichas disposiciones comunes el Capítulo VI de la propia Ley núm. 4/2007, que es donde se encuentran regulados los planes y fondos de pensiones de empleo. En consecuencia, descartado el contencioso portugués de la seguridad social, queda abierta la posibilidad de que los litigios relativos a los planes y fondos de pensiones de empleo puedan ser conocidos por otros órganos jurisdiccionales distintos, existiendo jurisprudencia portuguesa que confirma la competencia de los tribunales laborales para conocer de dicho tipo de asuntos[19].

[15] Cfr. artículo 86, apartado 2.

[16] Véase su artículo 2, letra q).

[17] Sobre el tema, véase SILVEIRO DE BARROS, M., *Los honorarios de abogados en procesos de Seguridad Social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 137 y ss.

[18] Según dicho artículo 77 (rotulado «Garantías contenciosas»), «las acciones y omisiones de la Administración en el ámbito del sistema de seguridad social son susceptibles de reacción contenciosa en los términos del Código de Proceso en los Tribunales Administrativos [*as acções e omissões da administração no âmbito do sistema de segurança social são susceptíveis de reacção contenciosa nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*]».

[19] Al respecto, por ejemplo, véase Sentencia (*Acordão*) de la Audiencia Territorial (*Tribunal da Relação*) de Lisboa de 8 noviembre 2007 (ponente Pedro Lima Gonçalves, proceso núm. 6355/2007-8), localizable en www.dgsi.pt. El asunto cabe holgadamente en el tenor del artículo 126, apartado 1, letra n), de la Ley núm. 62/2013, 26 agosto, de Organización del poder judicial (*Organização do sistema judiciario*), relativo a las «cuestiones entre sujetos de una relación jurídica de trabajo o entre uno de esos sujetos y terceros, cuando deriven de relaciones conexas a la relación de trabajo, por accesoriedad, complementariedad o dependencia, y lo solicitado se acumule con otro el que el juzgado sea directamente competente [*questões entre sujeitos de uma relação jurídica de trabalho ou entre um desses sujeitos e terceiros, quando emergentes de relações conexas com a relação de trabalho, por acessoriedade, complementaridade ou dependência, e o pedido se cumule com outro para o qual o juízo seja diretamente competente*]».

3. EL RÉGIMEN PÚBLICO DE CAPITALIZACIÓN

7. La segunda de las instituciones de la seguridad social complementaria portuguesa es el denominado «régimen público de capitalización [*regime público de capitalização*]», monográficamente regulado en el artículo 82 de la Ley núm. 4/2007, que viene a ser una modalidad específica del género planes y fondos de pensiones. En lo esencial, este precepto viene a indicar dos cosas. En primer lugar, la de que esta institución es un plan de pensiones creado y gestionado por el Estado, afirmando a este respecto el precepto que «el régimen público de capitalización es un régimen de adhesión voluntaria individual, cuya organización y gestión es de responsabilidad del Estado, que se dirige a la atribución de prestaciones complementarias de las concedidas por el sistema de previsión, teniendo como objetivo el refuerzo de la protección social de los beneficiarios [*o regime público de capitalização é um regime de adesão voluntária individual, cuja organização e gestão é da responsabilidade do Estado, que visa a atribuição de prestações complementares das concedidas pelo sistema previdencial, tendo em vista o reforço da protecção social dos beneficiários*]»[20]. En segundo lugar, que los detalles del concreto régimen jurídico de la misma aparecen contenidos en una norma complementaria, a la que este precepto remite expresamente, indicando que una «ley define las condiciones de adhesión, las características, la garantía de derechos, el método de financiación, el régimen de transmisión por muerte y el tratamiento fiscal del régimen referido en el presente artículo [*lei define as condições de adesão, as características, a garantia de direitos, o método de financiamento, o regime de transmissão por morte e o tratamento fiscal do regime referido no presente artigo*]»[21]. Esta norma extravagante, a la que el precepto remite, es el Decreto-Ley núm 26/2008, de 22 febrero, últimamente modificado por el Decreto-Ley núm. 82/2018, de 16 octubre.

8. De acuerdo con dicho Decreto-Ley, este régimen público complementario se ajusta a los principios característicos de los fondos de capitalización, lo que explica tres cosas. En primer lugar, que se asigne a cada concreto adherente una cuenta individual, denominada «cuenta individual del adherente [*conta individual do aderente*]»[22]. En segundo lugar, que esta cuenta se nutra con aportaciones individuales del propio adherente, teniendo en cuenta que la regla general es que paga el adherente (esto es, en principio, el beneficiario), aunque «las contribuciones … pueden ser totalmente pagadas por la entidad empleadora del adherente, en beneficio de éste [*as contribuições referidas no n.º 1 podem ser totalmente pagas pela entidade empregadora do aderente, em benefício deste*]»[23]. En tercer lugar, que las prestaciones complementarias (genéricamente denominadas «complemento») consisten, como regla general, en la asignación de una «renta vitalicia [*renda vitalícia*]» o «capital», que complementan las pensiones contributivas de jubilación («la protección asegurada por el régimen previsto en el presente Decreto-Ley se concreta en la atribución de un complemento de la pensión … por vejez [*a protecção assegurada pelo regime previsto no presente decreto-lei concretiza-se na atribuição de um complemento de pensão … por velhice*]»)[24] o, en su caso, de invalidez absoluta («la atribución del complemento resulta aplicable, incluso, a las situaciones de invalidez absoluta [*a atribuição do complemento é, ainda, aplicável às*

[20] Cfr. su apartado 1.
[21] Cfr. su apartado 3.
[22] Cfr. artículo 7, apartado 1.
[23] Cfr. artículo 10, apartado 3.
[24] Cfr. artículo 4, apartado 1.

situações de invalidez absoluta]»)[25]. Este Decreto-Ley prevé su propio desarrollo reglamentario[26], que aparece contenido –en lo esencial– en la Orden Ministerial (*Portaria*) del Ministerio competente en materia de seguridad social núm. 212/2008, de 29 febrero, últimamente modificada por la Orden Ministerial núm. 44/2018, de 7 febrero.

9. Desde un punto de vista comparatista, el equivalente de esta segunda institución de la seguridad social complementaria portuguesa sería, en España, el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado[27], aunque el paralelismo entre ambas instituciones no puede extremarse, fundamentalmente por dos razones. La primera se refiere a que dicho plan español es gestionado por una sociedad capitalista privada (en la que la voz cantante la lleva un banco privado), mientras que la institución portuguesa es gestionada por una institución pública, afirmando a este respecto el Decreto-Ley núm. 26/2008 que «la entidad gestora del fondo es el Instituto de Gestión de Fondos de Capitalización de la Seguridad Social, I[nstituto]P[úblico] [*a entidade gestora do fundo é o Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, I. P. (IGFCSS, I. P.)*]»[28]. La segunda razón apunta al dato de que en el plan español sólo están cubiertos empleados públicos, mientras que la institución portuguesa equivalente está abierta a la adhesión por cualquier tipo de beneficiario, siempre que ostente tal condición en un sistema contributivo obligatorio de seguridad social (en consecuencia, cualquier funcionario público, cualquier trabajador privado por cuenta ajena, cualquier trabajador independiente, cualquier profesional libre, etc.)[29]. Este «régimen público de capitalización» posee su propio sitio en Internet, ubicado en http://www.seg-social.pt/certificados-de-reforma, que contiene una muy interesante información estadística. De acuerdo con ella, a 31 diciembre 2017, este régimen contaba «7.619» adherentes, de los cuales la mayoría correspondía a trabajadores por cuenta ajena (69 por ciento), del sexo masculino (58 por ciento), que viven en Lisboa y en Oporto (51 por ciento) y que se adhirieron por medio de Internet (53 por ciento).

4. EL RÉGIMEN DE SEGURO SOCIAL VOLUNTARIO

10. Al igual que sucede en España, en donde la Ley General de Seguridad Social regula el doctrinalmente denominado convenio especial de seguridad social (que es considerado por la propia doctrina científica española una institución encuadrable en la seguridad social complementaria)[30], también la Ley núm. 4/2007 regula en Portugal una institución jurídica muy similar, denominada «régimen de seguro social voluntario», cuya clave es su voluntariedad. Al respecto, el artículo 53 de dicha Ley (encuadrado en el régimen

[25] *Ibidem*, apartado 2.

[26] Cfr. artículo 44, apartado 1.

[27] Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «¿Perjudica financieramente a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social su posición actual en el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado?», en el volumen *Los retos financieros del sistema de seguridad social. Libro homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum (Murcia, 2014), págs. 461 y ss.

[28] Cfr. artículo 24, apartado 1.

[29] Cfr. artículo 3, a cuyo tenor «el régimen público de capitalización integra las personas físicas que, en función del ejercicio de actividad profesional, se encuentran comprendidas por un régimen de protección social de encuadramiento obligatorio [*o regime público de capitalização integra as pessoas singulares que, em função do exercício de actividade profissional, se encontram abrangidas por regime de protecção social de enquadramento obrigatório*]».

[30] Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., págs. 351 y ss.

de la seguridad social contributiva y, por tanto, extramuros del Capítulo V de la misma, que es el regulador, en principio, de la seguridad social complementaria) se limita a afirmar por remisión que «el sistema de previsión [esto es, la seguridad social contributiva] comprende … los regímenes de inscripción facultativa comprendidos en el núm. 2 del artículo 51 [*o sistema previdencial abrange … os regimes de inscrição facultativa abrangidos pelo n.º 2 do artigo 51.º*]», afirmando este último precepto que «las personas que no ejerzan actividad profesional o que, ejerciéndola, no estén, por este hecho, encuadradas obligatoriamente en los términos del número anterior, pueden adherirse a la protección social definida en el presente Capítulo, en las condiciones previstas en la Ley [*as pessoas que não exerçam actividade profissional ou que, exercendo-a, não sejam, por esse facto, enquadradas obrigatoriamente nos termos do número anterior, podem aderir à protecção social definida no presente capítulo, nas condições previstas na lei*]». Esta última Ley es la núm. 110/2009, de 16 septiembre, aprobando el Código de los regímenes contributivos del sistema de previsión de la seguridad social (*Código dos regimes contributivos do sistema previdencial de segurança social*).

11. En este Código, lo único que nos interesa considerar aquí es el Título III de su Parte II, artículos 169 a 184, rotulado precisamente «Régimen de seguro social voluntario [*regime de seguro social voluntário*]». Con terminología doctrinal española, se trata de una norma reguladora del que podría denominarse convenio especial «de inclusión», esto es, la figura a la que «se recurre en ocasiones para la inclusión en el sistema de seguridad social de ciertas categorías de personas que, en principio, quedan fuera de su campo de aplicación, siempre sobre la base, por su "vocación universal", de que "la Seguridad Social ha de tender a la protección de todos los ciudadanos"»[31]. Como parece lógico, dicho Código describe una serie de personas que podrían beneficiarse de este convenio especial (también, las que nunca podrían beneficiarse de él, como «los pensionistas de invalidez y de vejez [*pensionistas de invalidez e de velhice*]»)[32], entre las que se cuentan, por ejemplo, «los ciudadanos nacionales que ejerzan actividad profesional en territorio extranjero y que no estén afectados por un instrumento internacional al que Portugal se encuentre vinculado [*os cidadãos nacionais que exerçam actividade profissional em território estrangeiro e que não estejam abrangidos por instrumento internacional a que Portugal se encontre vinculado*]»[33]; también, «los voluntarios sociales que de forma organizada ejerzan actividad de tipo profesional no remunerada en favor de instituciones particulares de solidaridad social y de entidades que tengan cuerpos de bomberos, señaladamente bomberos voluntarios [*os voluntários sociais que de forma organizada exerçam actividade de tipo profissional não remunerada em favor de instituições particulares de solidariedade social e de entidades detentoras de corpos de bombeiros, nomeadamente os bombeiros voluntários*]»[34], o los «becarios de investigación que reúnan las condiciones definidas en el Estatuto del Becario de Investigación [*os bolseiros de investigação que reúnam as condições definidas no Estatuto do Bolseiro de*

[31] Cfr. ARUFE VARELA, A., *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003), pág. 123.
[32] Cfr. artículo 171.
[33] Cfr. artículo 169, apartado 2.
[34] Cfr. artículo 170, apartado 2, letra a).

Investigação]»[35], así como «los que practiquen deporte de alto rendimiento [*os praticantes desportivos de alto rendimento*]»[36].

12. Al tratarse de un instrumento voluntario, la estipulación de este convenio público depende totalmente de la voluntad del futuro beneficiario, afirmando a este respecto el Código que «el encuadramiento en el régimen depende de la manifestación de voluntad del interesado a través de la presentación de solicitud propia [*el enquadramento no regime depende da manifestação de vontade do interessado através da apresentação de requerimento próprio*]»[37]. Una vez celebrado el convenio, el interesado se compromete a pagar las contribuciones sociales correspondientes, como si se tratase de un trabajador autónomo (literalmente, «el pago de las contribuciones se efectúa en los términos definidos para los trabajadores independientes [*o pagamento das contribuições é efectuado nos termos definidos para os trabalhadores independentes*]»)[38], teniendo en cuenta: 1) que puede elegir su base de cotización entre 10 «escalones», especificados en el Código[39]; 2) que la protección mínima que debe quedar cubierta se refiere a los «riesgos de invalidez, vejez y muerte»[40]; y 3) que «el tipo de cotización correspondiente a la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte es el 26,9 % [*a taxa contributiva correspondente à cobertura das eventualidades de invalidez, velhice e morte é de 26,9 %*]»[41]. Debe resultar muy caro, lo que explica que el Código prevea expresamente, de un lado, que el interesado puede desistir del convenio en cualquier momento (literalmente, «la obligación contributiva cesa el mes siguiente a aquél en que el beneficiario lo haya solicitado [*a obrigação contributiva cessa no mês seguinte àquele em que o beneficiário o tenha requerido*]»)[42]; y de otro lado, que igualmente prevea que la falta de pago de las contribuciones puede llegar a provocar la extinción del convenio suscrito (literalmente, «la falta de pago de las contribuciones, durante un período igual o superior a un año, hace cesar la obligación contributiva a partir del mes siguiente al del último pago [*a falta de pagamento das contribuições, por período igual ou superior a um ano, faz cessar a obrigação contributiva a partir do mês seguinte ao do último pagamento*]»)[43].

5. LOS REGÍMENES COMPLEMENTARIOS CREADOS POR CONVENIO COLECTIVO

13. La Ley núm. 4/2007 no regula las mejoras voluntarias de seguridad social establecidas por convenio colectivo, aunque podrían perfectamente considerarse una especie del género «regímenes complementarios de iniciativa colectiva», regulados en su artículo 83, y ya vistos. Lo que sí es cierto es que los «regímenes complementarios de iniciativa individual» previstos en el artículo 84 de la propia Ley núm. 4/2007 nada tienen que ver con las verdaderas mejoras voluntarias de seguridad social, pues en este otro caso la iniciativa es del beneficiario (sea o no trabajador), pero no del empresario, por lo que tampoco no encajan

[35] *Ibidem*, letra b).
[36] *Ibidem*, letra d).
[37] Cfr. artículo 173, apartado 1.
[38] Cfr. artículo 177, apartado 2.
[39] Cfr. artículo 180.
[40] Cfr. artículo 172, apartado 1.
[41] Cfr. artículo 184, apartado 1.
[42] Cfr. artículo 179, apartado 1.
[43] *Ibidem*, apartado 2.

en absoluto en el concepto de mejoras voluntarias de seguridad social establecidas por convenio colectivo[44]. Como parece más lógico, se trata de un tema expresamente regulado en el vigente Código portugués del Trabajo, aprobado por la Ley 7/2009, de 12 febrero, en cuyo artículo 478 (rotulado «Límites del contenido de instrumento de reglamentación colectiva de trabajo [*Limites do conteúdo de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho*]»)[45] se afirma que «el instrumento de reglamentación colectiva de trabajo puede crear un régimen complementario contractual que otorgue prestaciones complementarias del subsistema de previsión [esto es, de la seguridad social contributiva] en la parte no cubierta por éste [*o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho pode instituir regime complementar contratual que atribua prestações complementares do subsistema previdencial na parte não coberta por este*]»[46].

14. Al amparo de esta previsión del Código del Trabajo, no resulta infrecuente que los convenios colectivos portugueses (tanto sectoriales como de empresa) contengan mejoras de la protección ofrecida por la seguridad social pública contributiva. A este respecto, por ejemplo, el convenio colectivo de industria química (estipulado por la Asociación Portuguesa de las Empresas Químicas y la Federación de Sindicatos de la Industria, Energía y Transportes)[47] contiene una mejora muy típica, relativa al subsidio de incapacidad temporal, consistente en garantizar al trabajador temporalmente incapaz la percepción de su salario mensual íntegro («la entidad empresarial garantizará la totalidad de la retribución líquida mensual durante todo el período de enfermedad común con baja [*a entidade empregadora garantirá a totalidade da retribuição líquida mensal durante todo o período de doença com baixa*]»[48]; «en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional con resultado de incapacidad temporal, la entidad empleadora pagará al trabajador la retribución líquida mensual por entero [*em caso de acidente de trabalho ou doença profissional de que resulte incapacidade temporária, a entidade empregadora pagará ao trabalhador a retribuição líquida mensal por inteiro*]»)[49]. Por su parte, el convenio colectivo estipulado por la empresa Banco Comercial Portugués, junto con el Sindicato de Bancarios del Norte y otros[50], contiene una mejora voluntaria asimismo muy típica, consistente en el pago de complemento de pensiones por vejez, invalidez y muerte[51].

15. Lógicamente, la competencia para conocer de los pleitos relativos a estas mejoras voluntarias de seguridad social creadas por convenio colectivo corresponde a los tribunales laborales portugueses, existiendo una relativamente abundante jurisprudencia laboral portuguesa sobre el tema. De entre esta jurisprudencia, me parece especialmente reseñable una Sentencia (*Acordão*) del Supremo Tribunal de Justicia (4ª Sección Social) de 29 enero

[44] A tenor de este precepto, «los regímenes complementarios de iniciativa individual son de creación facultativa, asumiendo, entre otras, la forma de planes de ahorro-jubilación, de seguros de vida, de seguros de capitalización y de modalidades mutualistas [*os regimes complementares de iniciativa individual são de instituição facultativa, assumindo, entre outras, a forma de planos de poupança-reforma, de seguros de vida, de seguros de capitalização e de modalidades mutualistas*]».

[45] Sobre el tema, véase ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, 7ª ed., Almedina (Coimbra, 2015), págs. 1119 y ss.; y MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 18ª ed., Almedina (Coimbra, 2017), págs. 747 y ss.

[46] Cfr. su apartado 2.

[47] Localizable en el *Boletim do Trabalho e Emprego*, núm. 43, de 22 noviembre 2015.

[48] Cfr. cláusula 84, apartado 3.

[49] Cfr. cláusula 85, apartado 1.

[50] Localizable en el *Boletim do Trabalho e Emprego*, núm. 3, de 22 enero 2009.

[51] Cfr. cláusulas 117 y ss.

2014[52], en la que se confirma (respecto de los complementos de la pensión de jubilación) que no cabe la posibilidad de una alteración posterior en perjuicio del jubilado, puesto que esta alteración violaría sus derechos adquiridos (literalmente, «este precepto sólo prohíbe que las alteraciones de los contratos constitutivos y de los reglamentos de gestión de los fondos reduzcan las pensiones que vengan pagándose o los derechos adquiridos [*este preceito só proíbe que as alterações aos contratos constitutivos e dos regulamentos de gestão dos fundos venham reduzir pensões em pagamento ou os direitos adquiridos*]»)[53]. En este concreto punto, la jurisprudencia laboral portuguesa se separa de las doctrinas mantenidas por la jurisprudencia laboral española y francesa, alineándose –lo que me parece más justo– con lo que repetidamente vienen sosteniendo la jurisprudencia laboral alemana e italiana, según las cuales no cabe empeorar o suprimir los complementos de pensión de jubilación que viniesen percibiendo los antiguos trabajadores de la empresa, bien porque los sindicatos u órganos de representación unitaria no representan en absoluto a los jubilados, bien porque esos mismos órganos de representación sindicales o unitarios no pueden perjudicar –como sucede en Portugal– derechos ya adquiridos[54].

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARUFE VARELA, A., *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares (Granada, 2003).

CONCEIÇÃO, A.J.B., *Segurança Social*, 9ª ed., Almedina (Coimbra, 2014).

CONCEIÇÃO, A.J.B., *Legislação da Segurança Social*, 6ª ed., Almedina (Coimbra, 2017).

GOMES CANOTILHO, J.J. y MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*, 4ª ed. revisada, Coimbra Editora (Coimbra, 2007).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Un análisis comparado de la protección de los derechos adquiridos, en materia de seguridad social complementaria, en los ordenamientos jurídicos de España, de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Unión Europea», en el volumen *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga*, Almedina (Coimbra, 2007).

MARTÍNEZ GIRÓN, J. Y ARUFE VARELA, A., «¿Perjudica financieramente a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social su posición actual en el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado?», en el volumen *Los retos financieros del sistema de seguridad social. Libro homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum (Murcia, 2014).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

MIRANDA, J. y MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II*, Coimbra Editora (Coimbra, 2005).

[52] Ponente Mário Belo Morgado, proceso núm. 354/11.3TTVCT.S1, localizable en www.dgsi.pt.

[53] Núm. 12, párrafo último.

[54] Respecto de todo ello, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Un análisis comparado de la protección de los derechos adquiridos, en materia de seguridad social complementaria, en los ordenamientos jurídicos de España, de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Unión Europea», en el volumen *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga*, Almedina (Coimbra, 2007), págs. 523 y ss.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Comares (Granada, 2004).

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Los planes de pensiones en el sector público*, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2008).

MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 18ª ed., Almedina (Coimbra, 2017).

ROMANO MARTINEZ, P., «Alterações de regime jurídico e tutela de direitos adquiridos», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 3-4 (2011).

ROMANO MARTINEZ, P., «Previdência complementar: impactos de decisões judiciais v. mutualismo», *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, núm. 3 (2013).

ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, 7ª ed., Almedina (Coimbra, 2015).

SILVEIRO DE BARROS, M., *Los honorarios de abogados en procesos de Seguridad Social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017).

XAVIER, B.G.L., «Problemas jurídico-laborais dos fundos (fechados) de pensões. Direitos dos trabalhadores», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 3-4 (2009).

XAVIER, B.G.L., FURTADO MARTINS, P. y NUNES DE CARVALHO, A., «Pensões complementares de reforma - Inconstitucionalidade da versão originária do art. 6º, 1, e) da LRC», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 1-2-3 (1997).

Laborum

Crónica Legislativa de Seguridad Social y materias conexas

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA
MIEMBRO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA

1. UNIÓN EUROPEA

-Fondo Social Europeo Plus.- Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — Fondo Social Europeo Plus (DOUE C 86, 7-3-2019)

-Igualdad.- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La igualdad de género en los mercados laborales europeos» (DOUE C 110, 22-3-2019)

-Protección social.-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Los costes de la no inmigración y la no integración» (DOUE C 110, 22-3-2019)

-Salud laboral.- Corrección de errores de la Directiva (UE) 2019/130 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de enero de 2019, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo (DO L 30 de 31.1.2019) (DOUE L 68, 8-3-2019).

-Empleo.- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Estrategia de aviación para Europa: mantener y promover los altos niveles sociales" [COM (2019), 120, 1-3-2019)].

-Movilidad.- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la Directiva 2011/98/UE, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro [COM (160), 29-3-2019].

2. PROTECCIÓN SOCIAL

-Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 7-3-2019)

[Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo (BOE 10-4-2019)].

Indica la Exposición de Motivos que esta norma busca dar a la sociedad un marco jurídico que permita dar un paso más hacia la plena igualdad. Este real decreto-ley contiene 7 artículos que se corresponden con la modificación de siete normas con rango de ley que inciden de forma directa en la igualdad entre mujeres y hombres:

-El artículo 1 plantea la modificación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en sus arts. 45 y 46, y pretende esencialmente extender la exigencia de redacción de los planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores, creando la obligación de inscribir los mismos en un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas que se desarrollará reglamentariamente. Este artículo es complementado con el artículo 6, por el que se modifica la LISOS (RDLeg. 5/2000, de 4 de

agosto), con el objetivo de definir mejor el tipo infractor correspondiente al incumplimiento de las obligaciones empresariales relativas a los planes y medidas de igualdad. Se introduce una nueva Disposición Transitoria décima segunda, que establece la aplicación paulatina de los artículos 45 y 46 en su nueva redacción.

-El artículo 2 reforma el ET para remarcar el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, modificando los arts. 9, 11, 12, 14, 22, 34, 37, 45, 46, 48, 53, 55, 64 del ET.

Asimismo, se modifica el art. 28 ET para establecer expresamente el derecho del trabajador a la remuneración correspondiente a su trabajo, planteando la igualdad de remuneración sin discriminación: para ello se introduce en nuestro ordenamiento el concepto de «trabajo de igual valor» conforme a la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia; se establece la obligación del empresario de llevar un Registro de Salarios, donde se reflejen los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor; además, cuando en una empresa con al menos 50 trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25 por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

-El artículo 3 desarrolla la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre), y es un reflejo en el sector público de las medidas planteadas para el resto de los trabajadores.

-Los artículos 2 y 3 equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación se lleva a cabo de forma progresiva, en los términos previstos en las disposiciones transitorias del ET y del EBEP introducidas por este real decreto-ley.

-El artículo 4 contempla la adaptación de la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos: Las prestaciones de maternidad, paternidad y asimiladas se sustituyen por la nueva prestación de "Nacimiento y cuidado del menor", modificando la rúbrica del capítulo VI del Título II LGSS, así como los arts. 177 a 182. Se crea una nueva prestación para ejercicio corresponsable del cuidado del lactante conforme a las novedades introducidas tanto en el ET como en el EBEP, para lo que se modifica el capítulo VII del título II LGSS –que pasa a denominarse "Corresponsabilidad en el cuidado del lactante"– en sus arts. 183 a 185.

-El artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social.

-Asimismo, este real decreto-ley recupera la financiación de las cuotas del convenio especial de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia a cargo de la Administración General del Estado, modificando la disposición adicional decimocuarta LGSS y añadiendo una nueva disposición transitoria trigésima primera a la LGSS, sobre los Convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia existentes a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

-El artículo 5 contiene una modificación de la disposición sexagésima primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos General del Estado para 2009, relativa al Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia y de los Servicios Sociales.

-Los artículos 6 y 7 modifican el texto refundido de la LISOS (RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto), y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Para recoger medidas en relación con la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar y con las situaciones de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar.

-Además de todas estas medidas, el Gobierno reforzará las políticas públicas destinadas a la atención y cuidados de los menores, así como de las personas en situación de dependencia. Ello incluirá actuaciones como la elaboración de un plan de universalización de la educación de 0 a 3 años, conjuntamente con las Comunidades Autónomas que tienen competencia en esta materia, de forma que esta etapa se incorpore al ciclo educativo en una red de recursos integrada, pública y gratuita; o la mejora de los servicios y la cobertura del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

-Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE 12-3-19)

[Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo (BOE 10-4-2019)]

Contempla medidas sobre subsidio por desempleo para mayores de 55 años; asignación por hijo a cargo; incapacidad permanente total para menores de 60 años; protección social en el sector marítimo-pesquero, en el agrario, en el de artistas en espectáculos públicos y en el de autónomos; bonificaciones; registro de jornada; garantía juvenil.

1) El capítulo I del RDL incluye determinadas medidas de protección social:

-El artículo 1 del RDL contempla la modificación de la regulación del subsidio por desempleo para mayores de 55 años en seis aspectos: reducción de la edad de acceso de 55 a 52 años; supresión del requisito de tener cumplida la edad de 52 años en el momento del hecho causante del subsidio, permitiendo el acceso cuando se cumpla esa edad y recogiendo en la regulación la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión; incremento de su duración máxima, de modo que, si antes se percibía hasta que la persona beneficiaria pudiera acceder a cualquiera de las modalidades de pensión contributiva de jubilación, se

percibirá hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación; eliminación de la consideración de las rentas de la unidad familiar para el acceso al subsidio; incremento de la cuantía de la cotización por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio del 100 al 125 por ciento del tope mínimo de cotización vigente en cada momento; y la eliminación de los porcentajes aplicables a la cuantía del subsidio cuando proviene de un trabajo desarrollado a tiempo parcial.

-El artículo 2 prevé el incremento de la asignación económica por hijo a cargo hasta los 341 euros anuales y hasta los 588 euros anuales en el caso de las familias en situación de pobreza severa, las cuales están en una situación de urgente y extraordinaria necesidad.

-En el art. 3 se procede al incremento de las cuantías mínimas de la pensión contributiva de incapacidad permanente total para menores de 60 años. Esta medida se justifica en la imposibilidad de reincorporarse al mercado laboral que en muchos casos han sufrido los trabajadores afectos de una incapacidad permanente total, especialmente cuando el acceso a dicha situación se produce a partir de determinadas edades en que la falta de cualificación o conocimientos ha llevado a prolongar esta situación hasta el acceso a la pensión de jubilación. Se pretende evitar que estos trabajadores se encuentren en una situación de vulnerabilidad económica, a la vista de su difícil reincorporación al mercado laboral y ante la importante subida del salario mínimo interprofesional que se ha producido en el año 2019, que a su vez se reproduce en la cuantía de la base mínima de cotización. El incremento se produce con fecha de efectos 1 de enero de 2019.

-El artículo 4 modifica la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, con el objetivo de adecuar su catálogo de prestaciones a las novedades reguladas por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Se introduce la nueva prestación por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, así como se adecuan las referencias a maternidad y paternidad a la nueva denominación de nacimiento y cuidado del menor, remitiendo, para su regulación a lo dispuesto en la LGSS.

-El artículo 5 regula una reducción de cuotas para los trabajadores encuadrados en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el RGSS, siendo una de sus principales singularidades que, durante la situación de inactividad dentro del mes natural, es el propio trabajador agrario el responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes, a cuyo efecto se toma en consideración la base mínima por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del RGSS.

Al objeto de paliar las dificultades que los referidos trabajadores en situación de inactividad podrían tener para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social en los primeros meses del año resultado del incremento producido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, se autorizó por la TGSS el diferimiento del pago de cuotas durante los periodos de inactividad correspondientes a los meses de enero a abril de 2019. No obstante, las especiales circunstancias que configuran la relación de Seguridad Social de estos

trabajadores motivan la necesidad de establecer durante el año 2019 una reducción en la cotización a la Seguridad Social durante la situación de inactividad, al objeto de facilitar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social.

-Por su parte, el artículo 6 modifica el artículo 249 ter LGSS, a efectos de ampliar el plazo de solicitud de la situación de inactividad de artistas en espectáculos públicos, ya que desde la entrada en vigor de la regulación de esa situación de inactividad se ha detectado que el establecimiento de una fecha cerrada de solicitud no atiende correctamente a las necesidades dichos artistas. Por ello, se amplía ese plazo de solicitud a cualquier momento del año.

-La disposición transitoria segunda está destinada a clarificar el régimen transitorio de aplicación del artículo 308 LGSS tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre. El 1 de enero de 2019 entró en vigor una nueva medida por la que, a partir del día 61 de incapacidad temporal, por las mutuas colaboradoras, entidad gestora o Servicio Público de Empleo Estatal, se abonarían las cotizaciones de los trabajadores autónomos, con cargo a las cuotas de cese de actividad.

-Por otro lado, se introducen las disposiciones transitoria tercera y final segunda como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

2) El capítulo II del Real Decreto-ley incluye diferentes medidas dirigidas a fomentar el empleo indefinido en determinados sectores de actividad y de personas desempleadas de larga duración.

-El artículo 7 articula el «Plan de conversión de contratos temporales de trabajadores eventuales agrarios en contratos indefinidos» que incluye a los trabajadores fijos discontinuos. En dicho artículo se posibilita a las empresas que transformen contratos temporales con trabajadores pertenecientes al Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del RGSS, incluidos los fijos discontinuos, al bonificarse la cuota empresarial por contingencias comunes, distinguiéndose su cuantía en función del encuadramiento del trabajador y de la modalidad de cotización –mensual o por jornadas reales trabajadas–. Además, con el objetivo de introducir medidas positivas para reducir la brecha de género, se establecen cuantías incrementadas en el caso de la conversión de contratos de mujeres trabajadoras.

-En el artículo 8 se introduce una bonificación por la contratación laboral de personas desempleadas de larga duración. Su finalidad es incentivar la contratación indefinida de personas desempleadas e inscritas en la oficina de empleo al menos 12 meses en los 18 meses anteriores a la contratación, mediante una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social. Para la aplicación de dicha bonificación, se establece que se deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral.

-Por otra parte, en el artículo 9 se establece una medida de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores

de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística. Desde la aprobación de esta medida en julio de 2012, se ha podido apreciar una positiva acogida por parte de las empresas, contribuyendo así de forma importante al mantenimiento del empleo de dicho colectivo durante los citados meses. Por ello se considera conveniente la extensión de esta medida durante 2019.

3) El capítulo III incluye reformas normativas dirigidas a regular el registro de jornada, como forma de combatir la precariedad laboral.

-A través del artículo 10 de este Real Decreto-ley se modifica el ET para regular el registro de jornada, a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Con ello, se facilita la resolución de discrepancias en cuanto a la jornada y, en consecuencia, sobre el salario, y se sientan las bases para acabar con un elemento de precariedad de las relaciones laborales, reconociendo el papel de la negociación colectiva.

-De manera complementaria, el artículo 11 modifica el texto refundido de la LISOS, para tipificar como infracciones en el orden social las derivadas de incumplimientos relativos al registro de jornada.

-Dentro de las disposiciones de la parte final del real decreto-ley, la disposición adicional primera señala que el Gobierno constituirá antes del 30 de junio del presente año un grupo de expertos y expertas para la propuesta de un nuevo Estatuto de los Trabajadores.

3. SEGURIDAD SOCIAL

-Cese de actividad.- Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se determina la creación, composición, organización y funcionamiento de la comisión paritaria para la resolución de las reclamaciones previas en materia de prestación por cese de actividad (BOE 25-3-19)

El apartado veintitrés de la disp. final 2ª del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, modificó el artículo 350 LGSS, relativo a la jurisdicción competente y a la reclamación previa en materia de la prestación por cese de actividad, introduciendo un nuevo trámite, dentro del procedimiento administrativo de la reclamación previa, mediante el cual se prevé que, antes de su resolución, se emita un informe vinculante elaborado por una comisión paritaria con representación de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos y la Administración de la Seguridad Social.

Esta resolución tiene por objeto regular la creación, constitución, composición, organización y demás extremos precisos para el funcionamiento de la citada comisión.

El ámbito territorial de la comisión paritaria será el provincial, de modo que se constituirá una comisión paritaria en cada provincia, así como en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

La comisión conocerá de las reclamaciones previas interpuestas frente a las resoluciones denegatorias de las prestaciones por cese de actividad emitidas por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, siempre y cuando la mutua competente estime que procede denegar dicha prestación.

Si se acuerda la conformidad con la propuesta de resolución de la mutua colaboradora, el secretario dejará constancia en el acta y procederá a la comunicación de la decisión a la misma en el plazo de los dos días siguientes a la celebración de la sesión. Por el contrario, si se acuerda la disconformidad con la propuesta de resolución de la mutua colaboradora, a propuesta del presidente, la comisión emitirá un informe vinculante en el plazo de los diez días siguientes a la celebración de la sesión. No obstante, si la comisión valora que existen cuestiones jurídicas de especial complejidad y trascendencia, podrá solicitar informe al Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social.

La mutua colaboradora deberá ajustar el sentido de la resolución de la reclamación previa a lo acordado por la comisión y, una vez notificada la misma al interesado, lo pondrá en conocimiento de la comisión a través de su secretario, aportando justificante de dicha notificación, en el plazo de los cinco días siguientes a su resolución.

-Convenio especial de Seguridad Social.- Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social (BOE 8-4-2019).

La Orden TAS/2865/2003 regula en su art. 20 el Convenio Especial de empresarios y trabajadores sujetos a procedimientos de despido colectivo que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad (DA 13ª LGSS). Sin embargo, el desarrollo reglamentario de dicho art. 20 no se encontraba adaptado ni a la regulación actual del despido colectivo (art. 51 ET), ni, sobre todo, a la de dicho convenio especial tras las modificaciones introducidas en su régimen jurídico por la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, que tuvieron por objeto su adaptación a las nuevas edades de jubilación contempladas en dicha Ley.

Por ello, mediante esta Orden se procede, en primer lugar, a actualizar la citada regulación reglamentaria, y, en segundo lugar, a introducir mejoras en la configuración jurídica de esta modalidad de Convenio Especial:

1) Señala la Exposición de Motivos que, en virtud de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se han evidenciado reiterados incumplimientos por los empresarios de su obligación de suscribir este Convenio especial previsto en el referido artículo 51.9 ET, produciendo un claro perjuicio para los trabajadores afectados. Por ello, para garantizar el cumplimiento de dicha obligación legal, se modifica el citado artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003, manteniendo la obligación de solicitar la suscripción del Convenio especial por parte del empresario durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo, en cuyo caso se suscribiría entre el empresario y el trabajador, por un lado, y la TGSS, por otro, como hasta el momento, pero, con carácter subsidiario para el supuesto en que el empresario no proceda a la solicitud del Convenio especial, se va a facultar al trabajador para formular dicha solicitud en el plazo de 6 meses, a contar desde la fecha en que el empresario le notifique individualmente su despido; en este supuesto, el

Convenio especial se suscribiría únicamente entre el trabajador y la TGSS. En este último supuesto, con carácter previo a la firma del Convenio, la TGSS concederá trámite de audiencia al empresario para que pueda realizar alegaciones, adherirse al Convenio o proponer modificaciones al mismo.

2) Por otro lado, ante la dificultad demostrada en la práctica para proceder a la solicitud de esta modalidad de Convenio en los términos previstos actualmente en el referido art. 20 de la Orden, puesto que no se fija con precisión un plazo para efectuar dicha solicitud por parte del empresario, se introduce una modificación acotando el momento para realizar este trámite, como máximo, hasta la fecha en la que se le notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado.

3) Por último, se clarifica otro aspecto de esta modalidad de Convenio especial, en el sentido de que la obligatoriedad de asumir su cotización por parte de los trabajadores afectados a partir del cumplimiento de los 63 o, en su caso, 61 años de edad, en sustitución del respectivo empresario, no constituye óbice para que puedan aplicarse las causas generales de extinción del Convenio contempladas en el artículo 10.2 de la Orden TAS/2865/2003, de tal manera que este aspecto pasa a contemplarse expresamente entre las previsiones de su art. 20.

-Plan general de actividades preventivas.- Resolución de 28 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establece el Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2019 (BOE 9-4-2019).

-Política de empleo. Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019-2021 (BOE 9-4-2019)

-Sistema Nacional de Salud.- Orden SCB/480/2019, de 26 de abril, por la que se modifican los anexos I, III y VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE 27-4-2019)

-Jubilación.- Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por el que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía (BOE 29-4-2019)

La disposición final segunda del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, insta al Gobierno a aprobar, en el plazo de 6 meses, una norma reglamentaria que regule los términos y condiciones de la compatibilidad del percibo de la pensión de jubilación con la actividad de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que perciban por esa actividad derechos de propiedad intelectual.

Con el fin de evitar que el creador deba elegir entre percibir su pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social o continuar con su actividad de creación artística, se regula, con fundamento en el apartado 1 del artículo 213 LGSS, la compatibilidad entre la percepción de la pensión contributiva de jubilación del sistema de la Seguridad Social y los ingresos obtenidos por la realización de cualquier actividad de creación artística que genere derechos de propiedad intelectual.

Esta modalidad de jubilación, al determinar el alta del pensionista en el régimen de Seguridad Social que corresponda, llevará aparejada una cotización de solidaridad del 8 por ciento, además de la cotización que en supuestos de compatibilidad de pensión de jubilación y trabajo contemplan los artículos 153 y 309 LGSS, que incluye, únicamente, los conceptos de incapacidad temporal y contingencias profesionales.

Podrán acogerse a la compatibilidad regulada en este real decreto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 213.4 LGSS, los beneficiarios de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, con posterioridad a la fecha de reconocimiento de dicha pensión, desempeñen una actividad de creación artística por la que perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas.

No podrá acogerse a esta modalidad de compatibilidad el beneficiario de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, además de desarrollar la actividad a la que se refiere el párrafo anterior, realice cualquier otro trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social.

La actividad de creación artística será compatible con el 100 por ciento del importe que corresponda percibir o, en su caso, viniera percibiendo el beneficiario por la pensión contributiva de jubilación. Del mismo modo, se podrá compatibilizar la actividad de creación artística con el 100 por ciento del importe del complemento por maternidad, así como con la cantidad adicional a que se refiere el párrafo tercero del artículo 210.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que corresponda percibir o viniera percibiendo el beneficiario. El beneficiario tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con la actividad de creación artística, siempre que reúna los requisitos establecidos para ello. El beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.

Derecho de opción: Como alternativa al régimen de compatibilidad previsto en el artículo 3, el beneficiario de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que reuniera los requisitos previstos en este real decreto podrá optar por la aplicación del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente. De igual forma, el pensionista de jubilación que cumpla los requisitos previstos en este real decreto también podrá optar por la suspensión del percibo de su pensión. En tal caso, la cotización a la Seguridad Social se realizará conforme a las normas que rijan en el régimen de Seguridad Social que corresponda en función de su actividad.

-Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.- Orden TMS/513/2019, de 25 de abril, por la que se modifica la Orden TIN/866/2010, de 5 de abril, por la que se regulan los criterios que, en su función de colaboración con la Seguridad Social, deben seguir las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y sus entidades y centros mancomunados, en la gestión de los servicios de tesorería contratados con entidades financieras (BOE 10-5-2019)

-Colaboración voluntaria.- Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se ordena el procedimiento de cese en la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social respecto a las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral (BOE 21-3-2019)

Esta resolución tiene por objeto instrumentar el cese en la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social respecto a las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral, de acuerdo con lo previsto en la disposición final segunda.dos del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que ha dado nueva redacción al artículo 102 LGSS, suprimiendo con efectos de 1 de enero de 2019 el párrafo b) del apartado 1), relativo a esta colaboración.

Esta resolución regula, de una parte, la forma y plazos en que se ha de llevar a cabo la liquidación de las operaciones relativas a la colaboración, y de otra parte, el régimen jurídico del pago de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común y accidente no laboral cuyo hecho causante se haya producido en momento anterior al cese de la colaboración y subsistan tras el mismo.

Si bien la disposición transitoria cuarta del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, se remite a los artículos 14 y 15 quater de la Orden de 25 de noviembre de 1966, resulta necesaria la aprobación de esta resolución que, en virtud de las competencias atribuidas a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, prevé que, en aquellos casos en los que el resultado de la colaboración arroje un saldo positivo, se podrá dotar una provisión de fondos para que la empresa haga frente al pago de los correspondientes subsidios de incapacidad temporal. De esta forma se evitan los posibles efectos negativos que esta obligación legal de cese pueda producir en las empresas con saldo positivo en la colaboración y se evita de igual forma un posible enriquecimiento injusto de la Seguridad Social.

-Seguridad Social. Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado.- Resolución de 1 de abril de 2019, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, para la tramitación electrónica y actualización de modelos previstos en la Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio (BOE 10-4-2019).

4. RELACIONES DE TRABAJO Y EMPLEO

-Formación profesional para el empleo.- Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, en relación con la oferta formativa de las administraciones competentes y su financiación, y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación (BOE 1-4-2019)

La Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, ha acometido una reforma integral del sistema que garantiza el interés general y la necesaria estabilidad y coherencia que el sistema precisa. Esta Ley ha sido desarrollada por el RD 694/2017, de 3 de julio, que ha establecido la regulación de las iniciativas y programas de formación profesional para el empleo, los requisitos y límites de las acciones formativas, sus destinatarios y la forma de acreditación de las competencias adquiridas por los trabajadores, así como los instrumentos del sistema integrado de información y el régimen de funcionamiento del sistema de formación profesional para el empleo.

Esta Orden cumple con el objetivo de desarrollar el RD mencionado en relación con la oferta de formación profesional para el empleo, y regula las bases que han de regir la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de subvenciones públicas destinadas a financiar dicha formación por las diferentes Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos de gestión, así como otros modelos de ejecución de la formación basados en la contratación pública o en la utilización de medios propios de las diferentes administraciones.

Por otra parte, se incorpora al texto una regulación de la realización de prácticas profesionales no laborales, la concesión de becas y ayudas que se conceden a los trabajadores desempleados que abarcan las relativas al transporte, manutención y alojamiento, así como las que permiten conciliar la asistencia a la formación con la vida familiar. Igualmente, establece las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones, mediante las que se financian las diferentes modalidades de la formación de oferta. Por último, la orden contempla un conjunto de medidas para que sean desarrolladas por las diferentes Administraciones Públicas, en lo que se refiere a la calidad y evaluación de la formación, así como respecto del seguimiento y control de la misma, actuaciones que vienen enmarcadas en los planes anuales que se aprueben al respecto.

-Registro Estatal de Entidades de Formación.- Orden TMS/369/2019, de 28 de marzo, por la que se regula el Registro Estatal de Entidades de Formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, así como los procesos comunes de acreditación e inscripción de las entidades de formación para impartir especialidades formativas incluidas en el Catálogo de Especialidades Formativas (BOE 1-4-2019)

-Plan de retorno.- Resolución de 27 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Migraciones, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2019, por el que se aprueba el Plan de Retorno a España (BOE 30-3-2019)

Se trata de fomentar el retorno de emigrantes a España en las mejores condiciones y facilitar su proceso de vuelta. El Plan recoge 50 medidas impulsadas por 10 ministerios diferentes que en muchos casos requieren la cooperación institucional de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, así como el concurso las asociaciones de emigrantes y retornados y de los agentes sociales.

Estas 50 medidas están agrupadas en 6 categorías: 1. Apoyo para definir proyecto profesional (27 medidas), que se clasifican en los siguientes grupos: Conexión entre emigrantes y empresas. Acceso a empleo público. Fomento de la carrera investigadora. Incentivar la vuelta para emprender. 2. Ayuda para planificar la vuelta e instalarse (14 medidas). 3. Creación de espacios para la participación (1 medida). 4. Creación de ambiente positivo (1 medida). 5. Acompañamiento psicológico (1 medida). 6. Gestión colaborativa y evaluación continua del Plan (6 medidas). Todos los compromisos derivados de las medidas incluidas en el Plan quedarán condicionados a las disponibilidades presupuestarias existentes en cada ejercicio

-Política de empleo.- Resolución de 12 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2019, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2019, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 15-3-2019)

Se establecen los objetivos a alcanzar en este año en el conjunto de España y en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, así como los indicadores que se van a utilizar para valorar su grado de consecución. Asimismo, se precisan los servicios y programas de políticas activas de empleo e intermediación laboral que van a llevar a cabo las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias de ejecución de las políticas activas y el Servicio Público de Empleo Estatal en ejecución de la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos.

-Carrera Judicial. Paternidad.- Acuerdo de 28 de febrero de 2019, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se adapta el permiso de paternidad regulado en el artículo 373.6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a lo dispuesto en el artículo 49 c) del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 12-3-2019)

-Oferta de empleo público.- Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019 (BOE 2-4-2019).

Laborum

Crónica de Doctrina Judicial y Novedades Bibliográficas

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA COMO TITULAR DE UNIVERSIDAD) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

1. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

1.1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA GENERAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL (SISTEMA DE FUENTES Y ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA NORMATIVO)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 14 de Marzo de 2019, Asunto C-372/18. Dreyer

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Acuerdo sobre la Libre Circulación de Personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Artículo 3 — Ámbito de aplicación material — Gravámenes sobre los rendimientos del patrimonio de un residente francés afiliado al régimen de seguridad social suizo — Contribuciones destinadas a la financiación de dos prestaciones gestionadas por la *Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie* — Relación directa y suficientemente pertinente con determinadas ramas de seguridad social — Concepto de "prestación de seguridad social" — Apreciación individual de las necesidades personales del solicitante — Toma en consideración de los recursos del solicitante al calcular el importe de las prestaciones.

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

"El artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de su calificación de «prestación de seguridad social» en el sentido de dicha disposición, ha de considerarse que prestaciones como la asignación personalizada de autonomía y la prestación compensatoria de discapacidad se conceden al margen de cualquier apreciación individual de las necesidades personales del beneficiario, habida cuenta de que los recursos de este último únicamente se toman en consideración a fin de calcular el importe efectivo de dichas prestaciones de acuerdo con criterios objetivos y legalmente definidos".

1.2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.3. GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.4. ACTOS DE ENCUADRAMIENTO O DE INMATRICULACIÓN (INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS, AFILIACIÓN, ALTAS Y BAJAS DE TRABAJADORES)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 2018, número de recurso 1658/2018

Encuadramiento de administrador de una sociedad mercantil en la Seguridad Social.

1.5. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA COTIZACIÓN

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 23 de Enero de 2019. Asunto C272/17. Zyla

Procedimiento prejudicial — Libre circulación de los trabajadores — Igualdad de trato — Impuestos sobre la renta — Cotizaciones a la seguridad social — Trabajador que ha abandonado el Estado miembro de empleo durante el año natural — Aplicación de la regla *prorrata temporis* a la reducción del abono de las cotizaciones.

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

"El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que, para establecer el importe de las cotizaciones a la seguridad social debidas por un trabajador, prevé que la reducción de las cotizaciones a la que un trabajador tiene derecho en relación con un año natural, es proporcional al período durante el cual ese trabajador está afiliado al régimen de seguridad social de dicho Estado miembro, excluyendo así de la reducción anual una parte de esta proporcional al período durante el cual ese trabajador no estuvo afiliado a dicho régimen y residió en otro Estado miembro sin ejercer en él actividad profesional alguna".

1.6. ACCIÓN PROTECTORA. LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

1.6.1. Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 2018, número de recurso 992/2018

Grado de discapacidad a determinar después de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2013, en aquellos casos en los que un beneficiario tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total o absoluta. El 33 % de discapacidad no se atribuye de manera automática a éstos porque se aprecia por la Sala que el art. 4.2 de dicha norma contiene una regulación ultra vires en relación con el mandato de desarrollo del Texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, porque ésta mantenía en sus propios términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003, en la que se basaba la doctrina tradicional de la Sala en este tema, contenida en SSTS del Pleno, dos, ambas de 21 de marzo de 2.007, (dictadas en los recursos 3872/2005 y 3902/2005), a las que han seguido otras como las de 29 de mayo –invocada como contradictoria en este recurso– y 19 de julio de 2.007 (recursos 113/2006 y 3080/2006) y 22/07/2008 (rcud. 726/2008), que por esa razón sigue vigente bajo la nueva norma y ese 33 % se atribuye exclusivamente a los propios efectos de la Ley 26/2011, no "a todos los efectos". Voto Particular.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 2018, número de recurso 993/2018

Es ineficaz por incurrir en ultra vires el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, en cuanto dispone que es aplicable "a todos los efectos" la equiparación de los pensionistas de incapacidad permanente total y absoluta con el grado de discapacidad del 33 %. Se

produce de esta forma un exceso en la delegación legislativa que contraviene el mandato de la Ley 26/2011, de 1 de agosto en la que se sustenta, y que de forma expresa mantenía en sus términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003. Por esa razón sigue siendo de aplicación la doctrina de las STSS, 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (rcud. 2026/2014) –entre otras muchas–, que limitan esa equiparación a los solos y únicos efectos que ahora se corresponden con el contenido del RD Legislativo 1/2013. Reitera Doctrina STS 2-10-2018 (Rcud 239/2018). Voto particular.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 2018, número de recurso 994/2018

Es ineficaz por incurrir en ultra vires el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, en cuanto dispone que es aplicable "a todos los efectos" la equiparación de los pensionistas de incapacidad permanente total y absoluta con el grado de discapacidad del 33 %. Se produce de esta forma un exceso en la delegación legislativa que contraviene el mandato de la Ley 26/2011, de 1 de agosto en la que se sustenta, y que de forma expresa mantenía en sus términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003. Por esa razón sigue siendo de aplicación la doctrina de las STSS, 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (rcud. 2026/2014) –entre otras muchas–, que limitan esa equiparación a los solos y únicos efectos que ahora se corresponden con el contenido del RD Legislativo 1/2013. Voto particular.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Diciembre de 2018, número de recurso 1011/2018

Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina. Contingencia determinante de IPT y reparto de responsabilidades cuando deriva de un pretérito accidente laboral al que se añaden patologías comunes. Defectos en el escrito de formalización del recurso. Falta de contradicción.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Diciembre de 2018, número de recurso 1052/2018

IT. Determinación de la contingencia. Psicóloga del servicio vasco de salud que sufre caída con golpe en el codo al salir del trabajo durante el descanso de quince minutos –pausa café–. Recurre la Mutua Mutualia. Lesión con ocasión del trabajo. Se califica de Accidente de Trabajo, confirmando la sentencia recurrida, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.

Sentencia del Tribunal Supremo con número de recurso 107472018

Reintegro de capital coste de pensión por Incapacidad Permanente Total (IPT). FREMAP. Las normas sobre recaudación en el sistema de Seguridad Social impiden la devolución parcial del capital coste constituido por la Mutua para afrontar el complemento (20 %) de la pensión por IPT derivada de accidente laboral cuando el beneficiario accede a una Incapacidad Permanente Absoluta por contingencia común. De acuerdo con Ministerio Fiscal, desestima recurso frente a STSJ Cantabria 108/2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Enero de 2019, número de recurso 3/2019

MUTUALIA. Incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional (Músico de viola afectado de epicondolitis). Sometimiento al riesgo en períodos anteriores y posteriores a 1 de enero de 2008. Reparto de responsabilidad en el abono de la prestación entre las sucesivas entidades aseguradoras en proporción al tiempo de exposición al agente causante. Reitera doctrina.

Sentencia del tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2019, Asunto C-134/18. Vester

Procedimiento prejudicial — Regímenes de seguridad social — Prestaciones de invalidez — Artículos 45 TFUE y 48 TFUE — Libre circulación de los trabajadores — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Regímenes de indemnización distintos según los Estados miembros — "Período de carencia de incapacidad laboral" — Duración — Concesión de la prestación de incapacidad laboral — Perjuicio para los trabajadores migrantes

El Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

"Los artículos 45 TFUE y 48 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que a un trabajador que ha estado en situación de incapacidad laboral durante un año y al que la institución competente del Estado miembro de residencia ha reconocido la condición de discapacitado, aunque no haya podido obtener una prestación de invalidez sobre la base de la normativa de dicho Estado miembro, la institución competente del Estado miembro en el que ha acumulado la totalidad de sus períodos de seguro le exige un período adicional de un año de incapacidad laboral para reconocerle la condición de discapacitado y concederle una prestación de invalidez prorrateada, sin por ello percibir una prestación de incapacidad laboral durante dicho período".

1.6.2. Maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia y paternidad

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 19 de Septiembre de 2018. Caso C-41/17. I. G. C. contra Mutua Umivale y Otros

Procedimiento prejudicial — Directiva 92/85/CEE — Artículos 4, 5 y 7 — Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Trabajadora en período de lactancia — Trabajo nocturno — Trabajo a turnos realizado parcialmente en horario nocturno — Evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo — Medidas de prevención — Impugnación por parte de la trabajadora afectada — Directiva 2006/54/CE — Artículo 19 — Igualdad de trato — Discriminación por razón de sexo — Carga de la prueba.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

"1) El artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación, como la controvertida en el litigio

principal, en la que la trabajadora de que se trata realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno.

2) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la del litigio principal, en la que una trabajadora, a quien se ha denegado la concesión del certificado médico que acredite que su puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural y, por consiguiente, se le ha denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, impugna ante un tribunal nacional u otra autoridad competente del Estado miembro la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, cuando la trabajadora expone hechos que puedan sugerir que esta evaluación no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. Corresponde entonces a la parte demandada probar que dicha evaluación de los riesgos contenía efectivamente tal examen concreto y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación".

Sentencia de 17 de Diciembre de 2018, número de recurso 138/2018 (BOE núm. 22 de 25 de enero de 2019)

Recurso de amparo 275-2018. Promovido por don Raúl Sánchez Siles y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción, respecto de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un Juzgado de lo Social y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad.

Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 111/2018 (resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación en extensión temporal del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad). Voto particular.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de enero de 2019, número de recurso 2/2019 (BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2019)

Recurso de amparo 308-2018 Promovido por don Alberto Mielgo Hernández y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción, respecto de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y un Juzgado de lo Social de Bilbao y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad.

Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 111/2018 (resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación en extensión temporal del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 2019, número de recurso 53/2019

Riesgo durante la lactancia. Conductora de camión de recogida de residuos sólidos, con turnicidad y nocturnidad. Evaluación de riesgos sin examen específico de los riesgos en situación de embarazo o lactancia. Distribución de la carga probatoria.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 2019, número de recurso 54/2019

Prestación de riesgo durante la lactancia natural: procede su reconocimiento cuando no existe una evaluación de riesgos específica que tenga en cuenta la situación de la trabajadora y su hijo. Aplicación criterio jurisprudencial rectificado.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Enero de 20189, número de recurso 56/2019

Riesgo durante lactancia. ATS-DUE que presta servicios en urgencias (SUMMA 112) en turnos. Evaluación de riesgos no incluye examen específico en embarazo o lactancia. Distribuye carga probatoria. Constata que el trabajo a turnos dificulta la lactancia.

1.6.3. Jubilación

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 2018, número de recurso 1034/2018

Jubilación anticipada por causas económicas. Reestructuración de cooperativa de trabajo asociado EDESA, que se halla en situación de concurso en el que se acuerda por el Juzgado de lo Mercantil la extinción de la relación laboral de los socios trabajadores. Se estima el recurso del trabajador.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de Enero de 2019. Asunto C-258/17. E.B.

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Artículo 2 — Tentativa de abusos deshonestos de un funcionario sobre menores de sexo masculino — Sanción disciplinaria adoptada en 1975 — Jubilación forzosa anticipada con reducción del importe de la pensión — Discriminación por motivos de orientación sexual — Efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78 en la sanción disciplinaria — Modalidades de cálculo de la pensión de jubilación abonada

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

"1) El artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica, después de la expiración del plazo de transposición de esta Directiva, a saber, a partir del 3 de diciembre de 2003, a los efectos futuros de una resolución disciplinaria firme adoptada antes de la entrada en vigor de dicha Directiva, por la que se ordenó la jubilación forzosa anticipada de un funcionario con una reducción del importe de su pensión.

2) La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la descrita en el apartado 1 del fallo de la presente sentencia, obliga al órgano jurisdiccional nacional a reexaminar, para el período que comenzó el 3 de diciembre de 2003, no la sanción disciplinaria firme por la que se ordenó la jubilación forzosa anticipada del funcionario afectado, sino la reducción del importe de su pensión, con el fin de determinar el importe que habría percibido de no haber existido discriminación por motivos de orientación sexual".

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 2019, número de recurso 98/2019

Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina: Jubilación anticipada de socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado, cuya relación se extingue en el marco del concurso de la entidad, en virtud de acuerdo adoptado por la asamblea de la misma: se estima.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 13 de Febrero de 2019. Asunto C-179/18. Rohart

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Derechos a pensión en virtud del régimen nacional de pensiones de los trabajadores por cuenta ajena — Negativa a computar el período del servicio militar obligatorio cumplido por un funcionario de la Unión Europea tras su toma de posesión — Principio de cooperación leal

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

"El artículo 4 TUE, apartado 3, en relación con el Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea, aprobado por el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión, en su versión modificada por el Reglamento (CE, Euratom) n.º 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, al determinar los derechos a pensión de un trabajador que trabajó por cuenta ajena en ese Estado miembro antes de convertirse en funcionario de la Unión Europea y, una vez convertido en funcionario de la Unión, cumplió su servicio militar obligatorio en ese Estado miembro, se deniega a dicho trabajador la equiparación del período de servicio en filas a un período de trabajo efectivo como trabajador por cuenta ajena, equiparación a la que tendría derecho si, cuando fue llamado a filas o durante al menos un año en los tres años posteriores a su licenciamiento, hubiera ejercido una actividad laboral en el marco del régimen nacional de pensiones".

Sentencia del Tribunal Supremo con número de recurso 1034/2018

Se pretende la jubilación anticipada por un afiliado al Régimen General, socio trabajador en una cooperativa de trabajo asociado a cuya actividad pone fin la Asamblea General por la situación económica de la cooperativa y en virtud de Auto dictado por el Juzgado que conoce del concurso. El trabajador pasa a situación legal de desempleo. El artículo 161.2.A). d) de la LGSS exige que el cese se produzca como consecuencia de

reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral y entre las causas se encuentra la extinción por resolución judicial ex art. 64 de la Ley concursal. En este caso la extinción tiene su base jurídica en una decisión judicial por lo que dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros acreedores , por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima , junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta , no es aquella voluntad la determinante del cese sino el acto judicial que le dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones. Se declara el derecho del demandante a percibir la pensión de jubilación anticipada.

1.6.4. Prestaciones para situaciones derivadas de muerte y supervivencia (Viudedad, orfandad y a favor de otros familiares)

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.6.5. Prestaciones familiares

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 7 de Febrero de 2019. Asunto C-322/17. Bogatu

Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Artículo 67 — Solicitud de prestaciones familiares presentada por una persona que ha dejado de ejercer una actividad por cuenta ajena en el Estado competente pero que sigue residiendo en ese Estado — Derecho a prestaciones familiares para los miembros de la familia residentes en otro Estado miembro — Requisitos que deben reunirse

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

"El Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y en particular su artículo 67, en relación con su artículo 11, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, para que una persona pueda percibir prestaciones familiares en el Estado miembro competente no se exige ni que esa persona ejerza una actividad por cuenta ajena en dicho Estado miembro ni que dicha persona perciba una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de dicha actividad".

1.6.6. Desempleo

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 2019, número de recurso 24/2019

Base reguladora de la prestación por desempleo cuando se cotiza por meses. Reclamación de diferencias en cuantía inferior a 3.000 euros. AFECTACIÓN GENERAL: se estima concurrente, de acuerdo con STS 43/2018 de 24 enero (rec. 1552/2017), que abandona criterio precedente. FORMA DE CÁLCULO: en atención a las cotizaciones a la Seguridad Social de los últimos 180 días cotizados antes de la situación por desempleo. Reitera doctrina de SSTS 43 y 74/2018 de 30 enero (rec. 1492/2016). De acuerdo con Ministerio Fiscal, casa STSJ Andalucía (Sevilla) de 17 diciembre 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2019, número de recurso 43/2019

Suspensión subsidio de desempleo. Puesta en conocimiento en la primera declaración anual de rentas: No ocultación ni mala fe. La cantidad a reintegrar es la del mes en el que se produce el exceso de rentas: suspensión del subsidio durante dicho mes.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 2019, número de recurso 122/2019

Prestación por desempleo. Para que proceda la reposición de la prestación por desempleo, la extinción del contrato de trabajo debe producirse en la misma empresa que la previa suspensión o reducción de jornada. Reitera doctrina.

1.6.7. Prestaciones Sanitarias

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 2019, número de recurso 222/2019

Asistencia sanitaria prestada por hospitales a internos en centros penitenciarios que tienen la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social. Determinación de la Administración que debe hacer frente al coste de tal prestación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 2019, número de recurso 223/2019

Asistencia sanitaria prestada por hospitales públicos de las comunidades autónomas a internos en centros penitenciarios que tienen la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social. Determinación de la Administración (penitenciaria o sanitaria) que debe hacer frente al coste (precio público) de tal prestación. La jurisdicción contencioso-administrativa es la que tiene atribuida la potestad de juzgar el asunto, aunque la cuestión se refiera a prestaciones de la Seguridad Social, pues no está concernido el derecho a la asistencia, sino el reparto de costes entre dos administraciones públicas del precio público derivado de aquella prestación. A falta de convenio de colaboración –incumpliendo el artículo 207.2 del Reglamento Penitenciario– la normativa aplicable abona que sea la Administración del Estado –Instituciones Penitenciarias– quien satisfaga esos costes: (i) por la relación de sujeción especial que liga al interno con tal Administración, (ii) por la obligación ex lege de garantizar su salud y (iii) por la inexistencia de precepto alguno que permita excluir aquella financiación por la sola condición del preso como beneficiario de la Seguridad Social.

1.7. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.8. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.9. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA (INICIATIVA PRIVADA)

1.9.1. Mejoras Voluntarias

Sentencia del Tribunal Supremo con número de recurso 1070/2018

La cuestión debatida se ciñe a resolver si está legitimada la viuda del trabajador fallecido, que previamente había sido declarado en IPA derivada de enfermedad profesional, para reclamar la indemnización establecida en el Convenio Colectivo de la Construcción para dicha situación, que establece que dicha indemnización es a favor de los herederos legales, existiendo hijos mayores de edad. La Sala IV estima el recurso y con ello la demanda planteada condenando solidariamente a las empresas demandadas, a abonar a la actora la suma de 47.000 €, así como a la entidad aseguradora ASEQ VIDA Y ACCIDENTES SA a responder de la expresada cantidad. Al efecto reitera doctrina que ha reconocido la legitimación de la viuda para reclamar las diferencias de pensión de IP del esposo, tanto en relación a las devengadas como a las que pudieran devengarse, en representación de la sociedad de gananciales de la que era cotitular, estando legitimada para ejercitar acciones en defensa de los bienes y derechos que deben integrarse en la misma y dada su condición de heredera en la porción usufructuaria que el Código Civil le reconoce en beneficio de la comunidad hereditaria, se reconoce a la viuda esa legitimación para reclamar una mejora en la acción protectora de la Seguridad Social, cual es la indemnización en los supuestos de IPA derivada de enfermedad profesional, fijada en el artículo 28 del Convenio Colectivo de Construcción de Zamora.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 2019, número de recurso 15/2019

Accidente trabajo. Indemnización daños y perjuicios. Lucro cesante. Compensación. Las prestaciones de Seguridad Social y la mejora de las mismas pactada en convenio colectivo forman parte del lucro cesante. La mejora de las prestaciones no es compensable con daño moral. Sigue y mejora doctrina SSTS 23-06-2014 y 12-09-2017, entre otras que cita.

1.9.2. Fundaciones Laborales y Entidades de Previsión Social

No existe doctrina judicial relevante en esta materia.

1.9.3. Planes y Fondos de Pensiones privados y Seguros Colectivos

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 2018, número de recurso 1039/2018

Responsabilidad civil derivada de Accidente de Trabajo. Acreditada la existencia de incumplimiento de normativa de prevención de riesgos laborales puede surgir la responsabilidad civil por incumplimiento contractual por concurrencia de relación de causalidad entre el incumplimiento y el resultado dañoso. Constatadas las circunstancias que permiten establecer la existencia de incumplimiento contractual, corresponde al órgano de instancia determinar la cuantía de la indemnización y la extensión subjetiva de una eventual condena, por no constar en la relación fáctica hechos que permitan a la Sala pronunciarse sobre tales cuestiones.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 2019, número de recurso 132/2019

Póliza Colectiva de Salud a favor de los jubilados de la OFICO de la que después se hizo cargo IBESVICO y más tarde la CNE. Póliza prevista en Convenio que expiró. Inexistencia de condición más beneficiosa. Falta de Contradicción.

2. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

2.1. Obras *generales* de Seguridad Social y materias conexas

BLASCO LAHOZ, J.F., SALCEDO BELTRÁN, C.: *Introducción a la protección social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 187 págs.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: *Ley General de la Seguridad Social. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Madrid, Francis Lefebvre, 4ª edición, 2018, 600 págs.

SEMPERE NAVARRO, A. V., (Dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol.VI. Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*, Navarra, Aranzadi, 2018, 275 págs.

2.2. Obras *específicas* de Seguridad Social y materias conexas

DEL VALLE DE JOZ, J. I.: *Actuaciones administrativas en el proceso en materia de prestaciones de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2018, 237 págs.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, S.: *La modalidad procesal de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2019, 338 págs.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 386 págs.

LOZANO LARES, F.: *La protección social de las personas migrantes*, Albacete, Bomarzo, 2019, 116 págs.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018, 124 págs.

MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRS.) y ORTIZ CASTILLO, F. (COORD.): *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019*. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes, *Murcia, Laborum, 2019.*

RUZAFA ORTEGA, R. (ed.): *De las hermandades a la Seguridad Social. Estudios sobre previsión social en el País Vasco, siglos XIX-XXI*, Madrid, La Catarata, 2018, 160 págs.

VV.AA.: *La protección social de la salud en el marco del estado del bienestar. Una visión nacional y europea*, MORENO VIDA, Mª N y DÍAZ AZNARTE, T. (Dirs.), GIJÓN SÁNCHEZ, M.T. (Coord.), Granada, Comares, 2019, 460 páginas.

2.3. Protección Social Complementaria (Iniciativa Privada)

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Sostenibilidad y suficiencia en la pensión de jubilación: un dúo difícil de conciliar*, Navarra, Aranzadi, 2018, 491 págs.

ISPIZÚA DORNA, E.: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en España. Un estudio de la negociación colectiva*, Albacete, Bomarzo, 2019, 220 págs.

2.4. Recensiones

"LA REFORMA DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN EUROPA. LOS SISTEMAS DE PENSIONES DE PAÍSES BAJOS, DINAMARCA, SUECIA, REINO UNIDO, ITALIA, FRANCIA Y ALEMANIA, VISTOS DESDE ESPAÑA"

Autores: IGNACIO CAMÓS VICTORIA, CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR y BORJA SUÁREZ CORUJO. 1º Edición, Editorial: LABORUM, 2017, 203 páginas.

Carlota Sotomayor Velasco
Abogada

La monografía que comentamos ha sido elaborada por Ignacio Camós Victoria, Profesor titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Girona, Carlos García de Cortázar, Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, y Borja Suárez Corujo, Profesor titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid. Estos autores centran el objeto de la obra en el estudio del marco político-institucional y jurídico de la reforma de las pensiones en Europa, realizando un análisis comparado de las políticas instauradas en Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania.

La obra está estructurada en nueve capítulos, que podrían quedar divididos en tres bloques conceptuales: (A) Reforma de los sistemas de pensiones, causas y consecuencias (Capítulo I); (B) Los sistemas de pensiones en Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania (Capítulos II - VIII); y por último (C) Análisis de los sistemas de pensiones europeos desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Español (Capítulo IX).

(A) La obra comienza, en su Capítulo I, titulado "*El proceso de reforma de los sistemas de pensiones en la Unión Europea"*, con una excelente explicación y análisis del contexto económico, político y social en el que se encuentra enmarcado actualmente el sistema de pensiones en Europa, pasando posteriormente adentrarse en el estudio de las principales actuaciones y reformas acometidas en materia de viabilidad y eficiencia económica.

Los autores identifican como principales problemas y retos a solventar en materia de sostenibilidad del sistemas de pensiones, el envejecimiento demográfico de la población, y el

aumento de la esperanza de vida, todo ello enmarcado un contexto de debilitamiento económico y financiero de la totalidad de los países de la Unión Europea.

Sobre este particular los autores destacan la influencia del *"Libro Blanco. Agenda por unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles"* publicado en 2012 por la Unión Europea con el objetivo de diseñar y poner en práctica estrategias a nivel global que permitan adaptar los sistemas de pensiones a las circunstancias económicas y demográficas que actualmente rigen el panorama europeo. Las reformas propuestas para reforzar la viabilidad de las pensiones son las siguientes se refieren a la vinculación edad de jubilación a esperanza de vida, desincentivación de los planes de jubilación anticipada, prolongación de la vida laboral, igualación de la edad de jubilación entre hombres y mujeres y fomento de los planes de ahorro privados. Para finalizar el capítulo primero de la obra, los autores destacan la dificultad de realizar un análisis comparativo de los distintos sistemas de pensiones existentes en la Unión Europea, pues *"cada sistema es un sistema único"*, con conceptos y elementos individualizados y gestionados conforme a la naturaleza del país, no obstante describen cuáles han sido, a su modo de ver, algunos de los elementos destacables de las reformas en pensiones de la Unión Europea, centrándose en el estudio de los siguientes extremos: los sistemas de reparto, sistemas mixtos, capitalización individual, edad legal de jubilación y periodo de cotización a efectos de cálculo de la prestación.

(B) En los Capítulos siguientes, concretamente de los Capítulos II al VIII, los autores realizan un análisis muy completo y acertado de las políticas instauradas en Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania, haciendo especial énfasis en sus diferentes fortalezas y debilidades, con el fin defijar puntos de actuación en torno a la sostenibilidad, viabilidad económica y desarrollo social del sistema de pensiones.

Ignacio Camós Victoria, Carlos García de Cortázar, y Borja Suárez Corujo, practican en esta obra una rigurosa descripción del funcionamiento de los diferentes sistemas de pensiones y de su estructura operativa o pilares de actuación. De la literalidad de los capítulos comentados, podría establecerse un modelo genérico aplicable a los países europeos estudiados, que, a pesar de las esenciales diferencias citadas en la obra, estaría conformado por los siguientes pilares:

- Pensión básica estatal, de naturaleza pública dirigido a combatir la pobreza (renta de subsistencia universal de financiación publicavía impuestos y no vía cotizaciones). Sobre este particular, destacar el sistema vigente en Alemania, que cuenta con el denominado "Grundsicherung" o seguro básico, que protege a las personas mayores más desfavorecidas o con menos ingresos.

- Primer pilar obligatorio (financiado por cotizaciones vinculadas a ingresos).

- Segundo pilar obligatorio de cuentas individuales de contribución definida y capitalización.

- Tercer pilar de carácter individual de naturaleza privada.

Los autores, también abordan las principales líneas de reforma acaecidas por los distintos países europeos en los sistemas de pensiones, todas ellas, dirigidas, según afirman, a

garantizar su eficiencia y sostenibilidad económica. En términos generales, las reformas se han centrado en el alargamiento de la carrera profesional a través del incremento de la edad de jubilación, la restricción del acceso anticipado a la jubilación, el impulso de los planes de contribución privados. Destacar, por novedosa y diferenciada del resto de estados europeos, la reforma realizada por Alemania, incluyendo una jubilación anticipada sin aplicación de coeficientes reductores para aquellos trabajadores que con 63 años de edad acrediten 45 años de seguro .

(C) Finalmente, los tres autores realizan, en el Capítulo IX, un excelente análisis de los sistemas de pensiones europeos desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, fijando un decálogo de conclusiones que recoge los principales problemas, desafíos y puntos comunes de los sistemas de pensiones europeos, todo ello en torno a los siguientes extremos de argumentación:

— La imposible caracterización de un modelo europeo de pensiones, pero la constatación de algunos rasgos comunes, en torno al esfuerzo de los distintos estados por favorecer el crecimiento de los mecanismos privados de jubilación, centralidad de los regímenes financieros de reparto y el desafío estructural del envejecimiento de la población.

— La magnitud de los desafíos: La crisis económica como grave problema coyuntural y el envejecimiento de la población como gran reto estructural.

— El carácter esencialmente paramétrico de los procesos de reforma de los últimos años, que tienen a la progresiva conversión de sistemas de pensiones públicos a sistemas mixtos. En este punto, los autores también dotan de especial relevancia al diálogo social.

— La edad de jubilación como principal mecanismo de ajuste.

— El factor de sostenibilidad como principal novedad.

— El reforzamiento de la contributividad: La ampliación del periodo de cotización para el cálculo de la pensión inicial.

— El endurecimiento de los mecanismos de revalorización de las pensiones.

En definitiva, esta obra ofrece una visión muy completa y fundamentada del funcionamiento de los sistemas de pensiones de los principales países europeos, analizando detalladamente su naturaleza jurídica, así como las pretensiones y objetivos de las instituciones y organismos europeos y nacionales, todas ellas dirigidas a garantizar su sostenibilidad en un contexto de crisis económico-demográfica, con un mercado de trabajo debilitado que dificulta la generación de riqueza. Los autores no escatiman la denuncia de las deficiencias generalizadas de un sistema que necesita urgentes reformas con el fin de adaptarse a las debilidades del entorno económico europeo, y crear el valor que permita aportar la debida cobertura a uno de los pilares del estado social, la jubilación.

"LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA. UN ESTUDIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA"

ENEA ISPIZÚA DORNA. Editorial Bomarzo, 2019, 220 páginas

Belén del Mar López Insua
Profesora Contratada Doctora (Acreditada como Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Las mejoras voluntarias constituyen, hoy día, tan sólo un aspecto más de la Seguridad Social complementaria, esto es, una de las formas que ésta puede adoptar, aunque eso sí, la modalidad más extendida en nuestro ordenamiento jurídico. Y no sólo por los rasgos y características que le vienen atribuidas por sus normas reguladoras, sino lo que es aún mejor, por su inclusión habitual en los convenios colectivos y en los acuerdos adoptados por la Mesa General de Negociación del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración Pública.

Desde su nacimiento, las formas complementarias de seguridad social procedentes de la iniciativa empresarial o del ejercicio de la autonomía colectiva han cumplido el cometido de mejora de las prestaciones. No obstante, en la práctica sí que se ha observado cómo los convenios colectivos son cada vez más restrictivos en la regulación de algunas prestaciones respecto de otras. A buen ejemplo, en los procesos de incapacidad temporal la regulación de las mejoras voluntarias sigue siendo menos favorable con las situaciones provenientes de contingencias comunes, a diferencia de lo que sucede con las profesionales.

A fin de contribuir al esclarecimiento de muchos de los problemas que están latentes, a día de hoy, en la praxis ordinaria de estas formas complementarias al sistema de protección social sale a la luz una brillante monografía titulada: "*Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en España. Un estudio de la negociación colectiva*". Este novedosísimo libro ha sido publicado a principios del año 2019 por la editorial Bomarzo. Se trata, sin lugar a dudas, de una obra maestra en donde su artífice, la doctora Enea Ispizúa Dorna, aborda de una manera minuciosa y exhaustiva toda la problemática que sobrevuela a los procesos negociación de las mejoras voluntarias en los Convenios Colectivos. Desde su publicación, este valioso ejemplar se ha perfilado rápidamente como un magnífico volumen a tener muy en cuenta también en las mejores bibliotecas jurídicas. Y es, cabe resaltar, que esta excelente monografía tiene su base originaria en la Tesis doctoral presentada por la autora, en el año 2017, para la obtención del Grado de Doctor. Una tesis que mereció la más alta cualificación que puede actualmente concederse en el marco normativo vigente y ante un Tribunal especialmente cualificado para enjuiciarla. Siendo directores de este brillante trabajo de investigación los profesores Miren Edurne Terradillos Ormaechea, Profesora Titular de la Universidad del País Vasco y José Luis Tortuero Plaza, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid. Ambos conocidos por su excelente tarea investigadora y docente en el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para la sistematización de esta compleja materia se ha estructurado esta monografía en cuatro grandes capítulos, a saber: Capítulo I. "La protección social complementaria", Capítulo II. "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social", Capítulo III. "La negociación colectiva y las mejoras voluntarias" y Capítulo IV. "Clausulas convencionales de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social". No obstante, antes del inicio de la obra podrá el lector encontrar una introducción en donde se analizan, de manera gráfica, las intenciones que han impulsado a la elaboración de este trabajo, así como su relevancia.

En definitiva, nos encontramos ante un elaboradísimo trabajo de investigación que se puede considerar prácticamente de obligada lectura, tanto para investigadores experimentados en la vertiente iuslaboralistas, como para noveles deseosos de enriquecer sus conocimientos en el complejo mundo del Derecho a la Seguridad Social. Cubriendo perfectamente y de manera sobresaliente el tema propuesto: "*Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en España. Un estudio de la negociación colectiva"*. Por destacar queda, únicamente, el amplio y detallado material bibliográfico y científico seleccionado por su autora para la confección del presente volumen, en donde se combina los estudios más recientes y especializados en la materia al tiempo que se juega con una conflictiva práctica negocial.

Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social

Laborum

Reflexionando sobre la brecha salarial de género
Reflecting on the gender wage gap

JAVIER BAQUERO PÉREZ
PDIF EN LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (UAM)

TOMÁS VALERIANO GÓMEZ SÁNCHEZ
ECONOMISTA Y EX MINISTRO DE TRABAJO

SANTOS MIGUEL RUESGA BENITO
CATEDRÁTICO DE ECONOMÍA APLICADA (UAM)

Resumen

En el debate sobre la desigualdad salarial por género, quedan aún muchas aristas por perfilar para tener un completa comprensión de esta variante de la desigualdad de género que aún padecen nuestras sociedades avanzadas. En el análisis de esta faceta se insiste en lo que muestran las cifras medias, menores niveles salariales medio para las mujeres, pero resulta necesario profundizar en los factores diferenciales que explican este hecho. En esta artículo se ahonda en las diferencias ocupacionales y de tipo de jornada, que están en la base de las discriminaciones salariales que penalizan a las mujeres, encontrando que ambas, además, están relacionadas con el desigual reparto de las tareas domésticas que aún siguen vigentes en nuestras sociedades. Para las mujeres se establece una suerte de competencia entre el trabajo no remunerado y el remunerado que penaliza su presencia en cantidad y calidad.

Palabras clave

Salarios, retribuciones salariales, igualdad de género, brecha salarial de género

Abstract

In the debate on the gender pay gap, there are still many aspects to be outlined to gain full understanding of this variant of gender inequality that our advanced societies still experience. The analysis of this facet insists on what the average figures show, i.e. lower average salary levels for women, but it is necessary to explore the differential factors that explain this fact. This paper scrutinises the occupational and working day differences, which are at the base of the wage discrimination that penalises women, finding that both are also related to the unequal distribution of domestic tasks that are still present in our societies. For women, a sort of competition is established between unpaid work and paid work that penalises their presence in quantity and quality.

Keywords

Salaries; salary payments; gender equality; gender pay gap

1. CUESTIÓN CONCEPTUAL PREVIA

Repetimos de forma reiterada el término "brecha salarial de género" sin precisar mucho su contenido y mostrándolo como representación de una realidad menos compleja de lo que de hecho es. Si atendiéramos a una interpretación literal parece que estaríamos hablando de diferencias de retribución salarial entre hombres y mujeres, pero puede que estemos malinterpretando el concepto de *salario*. Y simplificar lo complejo suele tener malos resultados a la hora de solventar las causas que generan el problema en cuestión, oscureciendo y dilatando las soluciones efectivas.

Vayamos por partes. Vivimos aun inmersos en lo que se ha denominado como "ola de emancipación de la mujer", concentrada en la "eliminación de las desigualdades económicas,

Fecha Recepción: 22-2-2019 – Fecha Revisión: 20-4-2019 – Fecha Aceptación: 21-4-2019
Pag. 265-274

principalmente en lo que a la discriminación en el empleo se refiere y en las disparidades en las ganancias y los derechos de propiedad" (Robert Skidelsky, 2018). Y, sin embargo, en la mayoría de las sociedades occidentales se ha alcanzado en el ámbito legal el principio que establece igual pago por trabajo semejante. En el caso español tenemos una legislación profusa que garantiza, en el plano jurídico, esa no discriminación salarial. Es decir, en esa perspectiva estrictamente jurídica de "salario", no hay, en general, brecha de genero significativa. Y, es que si por "salario" entendemos, en su acepción más restrictiva, la retribución (monetaria o en especie) por una unidad de trabajo determinada (normalmente una hora) o incluso, de modo más extensivo, nos referimos a la suma de dinero que recibe periódicamente un trabajador por un tiempo determinado o por la realización de una labor específica, no hay razón para esperar, en las sociedades desarrolladas, y salvo vacíos jurídicos específicos o incumplimientos de las normas, que hombre y mujer tengan salarios distintos por el hecho del diferente género.

Otra cosa es hablar de *retribución salarial* refiriéndonos a la cuantía que percibe un trabajador en un determinado periodo de tiempo (semana, mes, etc.) que está relacionada con las horas trabajadas en el periodo y determinadas características, valoradas por las empresas, del trabajo aportado (en suma, la productividad de dicho trabajo, mejor o peor estimada). La distinción entre uno y otro concepto, "salario" y "retribución salarial" que aquí venimos comentando, no es un mero ejercicio de retórica académica, sino que lleva a diferentes consideraciones en el orden de las actuaciones políticas, a la hora de establecer prioridades para erradicar las diferencias en los mercados laborales por razón de género.

Así pues, en general, no hay diferencias sustanciales en los "salarios" legalmente regulados entre hombres y mujeres. En los convenios colectivos, instrumentos que fijan las retribuciones salariales para la mayoría de la población trabajadora en nuestro país, no se hacen diferencias en razón de género. En las tablas salariales que se recogen en estos instrumentos, se establecen salarios por categorías, cuantías unitarias de los pluses a aplicar u otros elementos de la retribución salarial que, en ningún caso muestran diferencia alguna en función del género de los trabajadores.

Conviene por tanto tener presente que las diferencias de retribuciones salariales entre los distintos géneros no provienen tanto de diferencias en el salario regulado o establecido en convenio como de la internalización en el mercado laboral de la discriminación social que padecen las mujeres a la hora de incorporarse a la actividad productiva de carácter monetario y durante su desarrollo.

Y es aquí donde observamos que las diferencias de retribuciones salariales por género están ancladas en al menos dos elementos fundamentales para su determinación. Las estadísticas disponibles, como veremos, avalan de manera clara y meridiana este tipo de argumentación. Tales diferencias se materializan, de un lado, en las discrepancias que se observan en la inserción en el mercado laboral entre géneros y, subsecuentemente, en la carrera profesional de ambos y, por otro lado, en la dedicación horaria al mercado de trabajo (remunerado) y la competencia que se establece, fundamentalmente en el caso de las mujeres, entre trabajo remunerado y trabajo doméstico (*invisible* como lo califica María Ángeles Durán) (Durán 2017).

2. LA BRECHA OCUPACIONAL

Respecto a la primera variable señalada como explicación de las diferencias en las retribuciones salariales de hombres y mujeres, los datos son concluyentes. Por un lado, sabemos que, por término medio y en el caso español, las retribuciones salariales de las mujeres por mes son en torno a un 25 % inferiores a los de los hombres con datos a diciembre de 2017 (por hora se sitúan entre el 15-20 por ciento, según las distintas fuentes). Conviene resaltar que la brecha salarial de género (por hora) no es de las más elevadas en el contexto de los países europeos, situándose en torno a la media (véase figura 3).

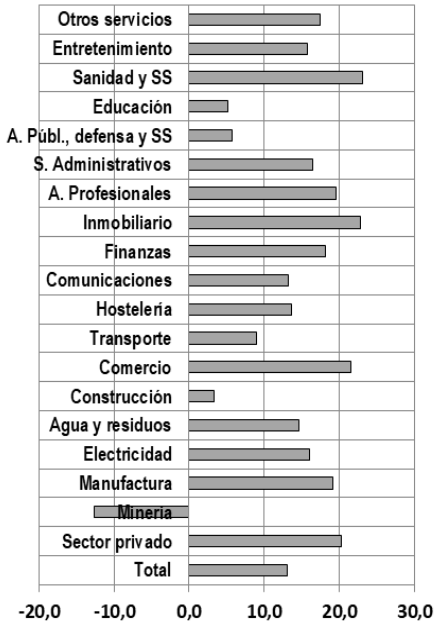


Figura 1. Brecha de retribuciones salariales por sectores de actividad (España 2016)
Fuente: Encuesta de Estructura Salarial (INE)

Sin embargo, cuando analizamos esas diferencias según la ocupación o el sector observamos una amplia gama. Son precisamente en aquellas ocupaciones o sectores donde las mujeres tienen mayor presencia, los de puestos de trabajo con menor cualificación, en las que las diferencias de retribuciones salariales son más elevadas. Cómo se puede observar en las figuras 2 y 5, las mujeres tienen mayor presencia relativa en los sectores de menor nivel de cualificación o en los puestos de trabajo a tiempo parcial que es, precisamente donde se ubican las retribuciones salariales más bajas (la brecha es mayor) con respecto a las de los hombres; al contrario de lo que ocurre donde las mujeres ocupan un menor peso relativo. Lo que esto quiere decir es que las mujeres tienen mayores dificultades de inserción en puestos de trabajo de mayor cualificación y al mismo tiempo sus carreras profesionales son mucho más lentas, menos extensas y no llegan al "top" con respecto a las de los hombres. De tal manera que, en un corte transversal, en un momento determinado, su presencia en los niveles de cualificación más elevados es relativamente inferior de forma constante. Raro es ver en los puestos mejores en el ámbito ocupacional a mujeres y, desde luego pocas con hijos en edad de cuidados más intensos. En el perfil de las mujeres directivas –en términos relativos, cuantitativamente escasas– suelen abundar mujeres con pocas responsabilidades familiares.



Figura 2. % Mujeres/% Hombres ocupados (en %) por sectores de actividad (España 4ºT 2018)
Fuente: Encuesta de Población Activa (INE)

De hecho, si atendemos a los datos, se puede comprobar fácilmente que la rama de actividad con mayor presencia femenina es la de sanidad. Tradicionalmente, las mujeres han estado muy vinculadas a carreras relativas a las ciencias de la salud. Esta circunstancia se debe a que a las actividades de esta rama se les atribuyen cualidades relacionadas con la cultura de cuidados, virtudes que son identificadas con el género femenino según los roles de género. Incluso fijándonos tan solo en los puestos de mayor formación dentro de esta rama de actividad, es decir, los que requiere estudios universitarios, podemos encontrar ejemplos que ilustran perfectamente las razones de la existencia de esta brecha. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, el porcentaje de médicas colegiadas en el 2017 es del 50,4 %, mientras que, si hablamos de enfermeras, una profesión con una menor retribución dentro del espectro de la alta cualificación, la presencia de mujeres es del 84,3 %. Es decir que, los problemas no solo nacen del proceso de inserción y de la dificultad para alcanzar puestos de alta responsabilidad a lo largo de su carrera, sino que, incluso a la hora de elegir estudios, las mujeres se encuentran condicionadas por los roles de género, de forma que sus trayectorias profesionales quedan subordinadas a clichés sociales desde un primer momento[1].

Y esto es así, a pesar de que en el momento inicial de la carrera laboral las mujeres españolas registran un mayor nivel de educación formal. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, en el cuarto trimestre de 2018, el nivel educativo de la población activa femenina más joven –hasta los 30 años– es claramente superior a la de los varones: el 45,7 % de ellas ha finalizado estudios superiores frente a un 33,7 % en el caso de los varones. Así pues, más educación, por si sola, no es suficiente para lograr mayor equidad.

Por otro lado, si diferenciamos la economía pública y la privada, encontramos ciertas diferencias. En España, la brecha salarial es significativamente menor en el sector público que en el privado. En concreto, la diferencia entre sectores asciende a seis puntos porcentuales en 2016. La homogeneidad salarial en la administración pública, junto con las iniciativas de paridad de género referidas a puestos de alto rango, pueden estar detrás de este

[1] Blau & Kahn (2017:789) corroboran esta afirmación: "Además, la brecha salarial entre hombres y mujeres disminuyó mucho más lentamente en la parte superior de la distribución salarial que en la parte media o inferior, y para 2010 era notablemente más alta en la parte superior".

hecho. Este tipo de políticas no siempre se encuentran en la empresa privada, que responde a una mentalidad más mercantilista. Y, por tanto, asume en menor medida los costes que implica la aplicación de medidas que faciliten la conciliación de la vida laboral y la familiar a las mujeres. A este respecto, resulta llamativo como en algunos países europeos la brecha salarial de género, en media para el conjunto de las actividades económicas, es mayor en el sector público que en el privado, al contrario que en el caso español, como ocurre en Francia, Finlandia o el Reino Unido. Ello puede estar relacionado con la distinta estructura ocupacional que caracteriza a los sectores públicos de estos países, respecto a los privados, comparando con otros países como España o Alemania, donde ocurre lo contrario.

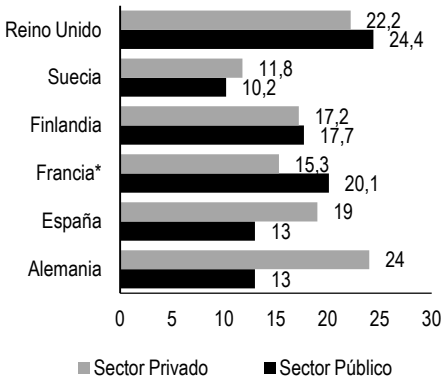


Figura 3. Brecha de retribuciones salariales de género (por hora trabajada, %) en algunos países europeos (2016).
Fuente: EUROSTAT.
* Para Francia los últimos datos son de 2014

3. LA BRECHA HORARIA DE GÉNERO

En segundo lugar, lo que denominamos "brecha de retribuciones salariales de género" viene explicado también, en estrecha relación con lo anterior, por la diferencia en el número de horas remuneradas trabajadas. En general, las mujeres trabajan menos horas para el mercado porque dedican más horas al *trabajo invisible* o doméstico, no remunerado. Obviamente, a menor número de horas trabajadas, menor remuneración salarial. Así, las mujeres trabajan a diario un 30 por ciento más de tiempo porque dedican al trabajo doméstico (no remunerado) más del doble de tiempo que los varones y, en consecuencia, mucho menos tiempo al trabajo mercantil, con respecto a los hombres**.**

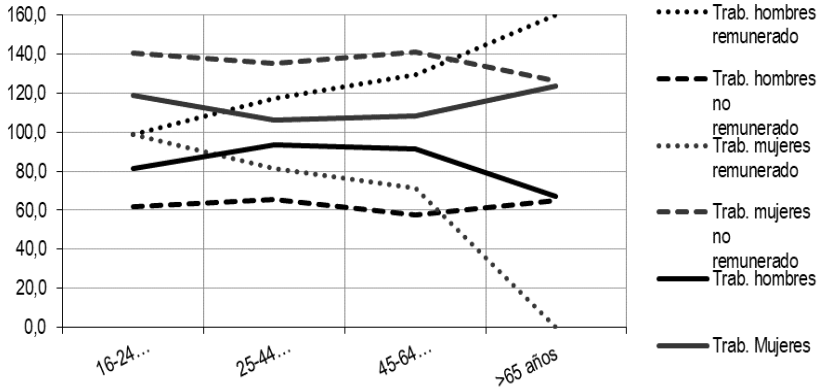


Figura 4. Distribución del trabajo diario entre hombres y mujeres (% respecto la media total de cada concepto para cada género) (España, 2010).
Fuente: Encuesta de Empleo del Tiempo

Pero, el efecto de la menor disponibilidad de horas para el trabajo mercantil no es solo directo, sino que también lo es en términos cualitativos; esa menor disponibilidad significa

que el trabajo femenino es menos flexible desde el punto de vista de las empresas y que, por tanto, su demanda en términos relativos es menor lo que conduce a dejar de percibir remuneraciones que están vinculadas a dicha flexibilidad (pluses por asistencia, turnos, disponibilidad, etc.), reforzando, así el efecto ya señalado con anterioridad. Dicho de otro modo, en la perspectiva de los mercados, el capital humano femenino crece más lentamente que el masculino lo que implica que la brecha de retribuciones salariales se amplíe a medida que se avanza en la edad (figura 7).

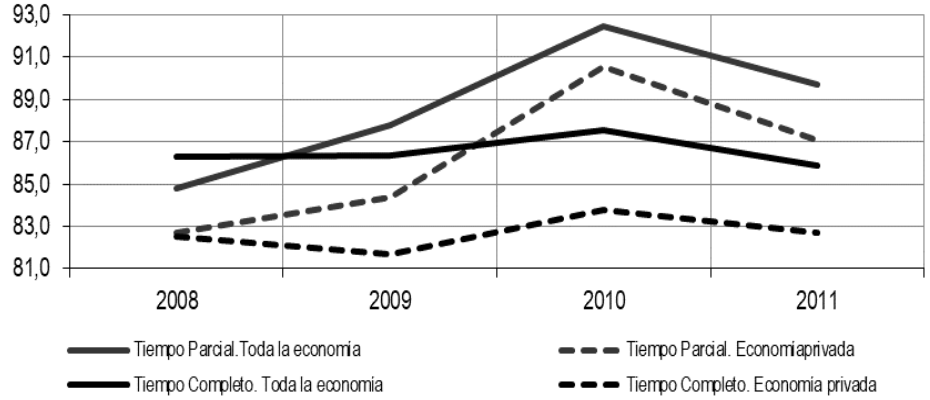


Figura 5. Brecha de retribuciones salariales de genero por tipo de jornada (por hora trabajada) por tipo de jornada (2008/2011).
Fuente: Encuesta de estructura Salarial (INE).

¿Por qué entonces, en los mercados laborales se manifiesta discriminación ocupacional (en cuanto a nivel de cualificación, en la inserción y en carreras profesionales) y, por extensión en las retribuciones salariales, de manera sistemática contra las mujeres?

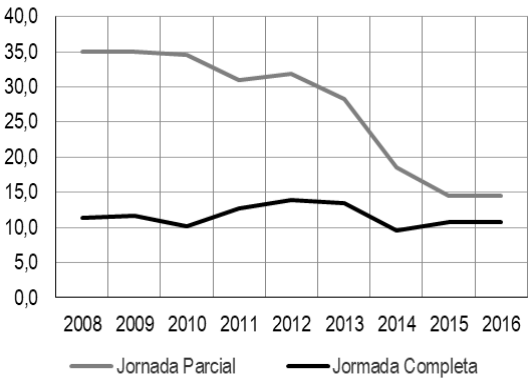


Figura 6. Brecha de retribuciones salariales por tipo de jornada laboral (% retribución salarial hombres sobre mujeres)
Fuente: EUROSTAT

El mercado selecciona en términos de rendimiento, busca la maximización del beneficio, aunque no sea este su único objetivo. Puede que incluso seleccione en función de expectativas futuras de diferencias en el rendimiento entre la mano de obra femenina y la masculina, interpretando que, a causa de los roles sociales asignados socialmente a la mujer, en algún momento reducirá su disponibilidad de trabajo para el mercado a causa de la elevada carga de trabajo doméstica que asume.

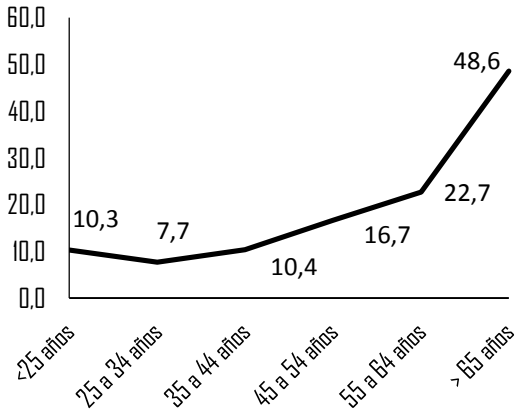


Figura 7. Brecha salarial de género por edades en %) (España 2016)
Fuente: Encuesta de Estructura salarial (INE)

En suma, la función empresarial, en el mercado, interpreta que la mujer desarrolla un menor nivel de productividad a lo largo de su vida laboral como resultado de lo que la OIT definió como el "gap de maternidad" (ILO, 2018:78 e ILO, 2015). Este organismo entiende que la maternidad dispara la brecha salarial.

"A medida que las mujeres entran en las edades más frecuentes para tener hijos, sus salarios disminuyen respecto a los hombres de sus mismas características. En el caso español y en otros muchos–, la edad clave en la que se materializa este gap son los 30 años: mientras que antes de esa edad, los sueldos de mujeres y hombres son más parecidos (un 4 % más bajos los de ellas), a partir de la treintena la brecha crece al 10 %. A los 40, las mujeres ya cobran, de media, un 15 % menos que los hombres, una cifra que crece hasta el 20 % cuando hablamos de personas de más de 50 años" (Requena, 2018).

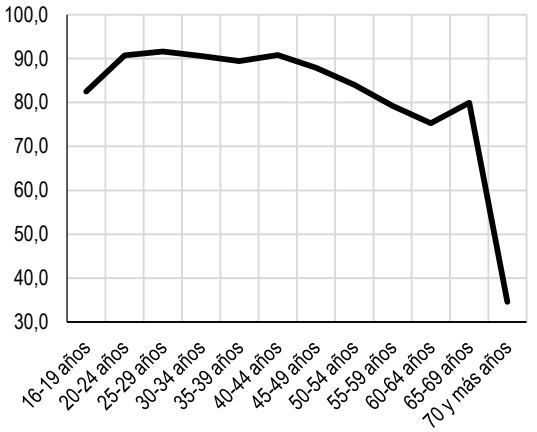


Figura 8. Tasa de actividad mujeres/hombres por edades en %) (España 4ºT 2018)
Fuente: Encuesta de Población Activa (INE)

Además de las diferencias dentro de la población activa, encontramos el problema de la salida de un importante número de mujeres del mercado laboral por obligaciones no remuneradas. La tasa de inactividad que observamos en mujeres por razones de cuidados de niños y enfermos es significativamente mayor que en hombres. Si observamos los datos, las diferencias son especialmente grandes en etapas donde es más probable que las mujeres sean madres.

A su vez, estos rangos de edad resultan muy importantes a la hora de determinar el éxito de una persona en su carrera profesional. Estos parones profesionales, resultantes de la asignación de cuidados al género femenino, no solo tienen una implicación económica directa provocada por la falta de rentas obtenidas del trabajo, sino que, podrá tener repercusiones en la reinserción en el mercado laboral una vez que acabe la etapa en la que los hijos requieren más cuidados. Si estos periodos de inactividad se prolongan en el tiempo, se puede producir la llamada obsolescencia de las competencias adquiridas. Las empresas pueden interpretar que el capital humano adquirido por estas mujeres, ya sea por medio de la

educación, o la formación en el trabajo, tiene una menor utilidad, dado que ha estado en desuso durante un largo periodo de tiempo. Algo parecido puede ocurrir desde el punto de vista de las mujeres que vuelven a buscar trabajo, ya que es posible que tengan una menor seguridad a la hora de presentarse a ofertas de trabajo que requieran una alta cualificación.

Ello explica cómo, por ejemplo, la brecha salarial se amplía, de forma generalizada con la edad, así como en las ocupaciones o sectores más típicamente femeninos.

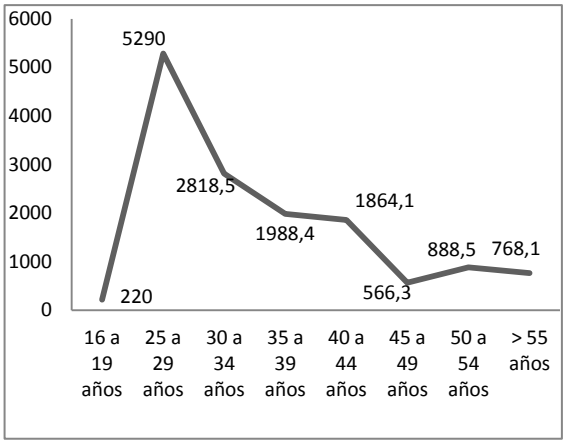


Figura 9. Inactivos por motivo de cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores según edad. Mujeres/ Hombres (en %) (4ºt 2017)
Fuente: Elaboración propia sobre datos EPA (INE)

4. ¿CÓMO CAMINAR HACIA LA EQUIDAD SALARIAL DE GENERO?

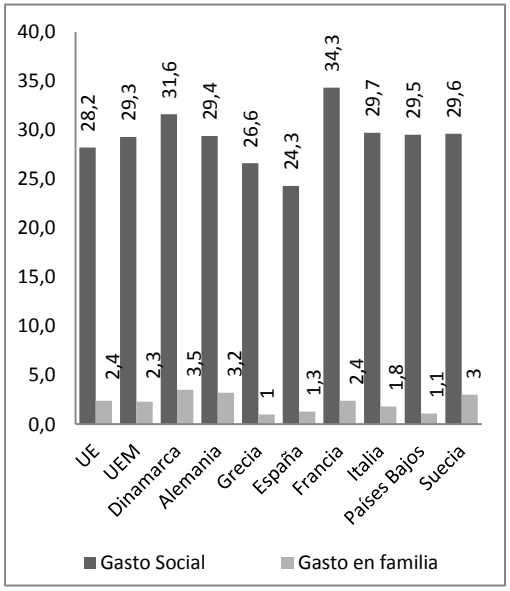


Figura 10. Gasto social en familia (% PIB, 2016)
Fuente: Elaboración propia sobre datos EUROSTAT

En este contexto, lo previo es declarar como ilegal la posible discriminación salarial en las remuneraciones reguladas, una cuestión que debemos presumir ya efectivamente contemplada en nuestra normativa laboral, de equidad de género y otros ámbitos del derecho. Asimismo, en segundo lugar, debemos asegurar que esa igualdad legal se cumple, una cuestión menos obvia de lo que debería parecer. Sin embargo, lo que ya está más lejos de alcanzarse es la equidad en cuanto al reparto por géneros de la carga de trabajo doméstico –distinto al hecho de la maternidad en sí misma–, algo que está en la base de la diferente cantidad y cualidad del trabajo remunerado que ofrecen hombres y mujeres en el mercado. Aquí el camino restante es todavía largo.

Hay quienes apuntan como receta que la pieza fundamental para alcanzar la equidad retributiva por género se sitúa en el campo de la educación, actuando desde la más tierna infancia, para que niños y niñas vayan asumiendo y practicando esa praxis social de compartir el trabajo doméstico. Como subraya Skidelsky, "la igualdad real de género no se

alcanzará hasta que la formación de hábitos y gustos deje de estar sujeta por más tiempo a estereotipos; no se debería dar automáticamente a los chicos armas mientras que las chicas se les da muñecas".

De lo dicho puede deducirse que centrar nuestras actuaciones en generar más legislación de carácter igualitario o, incluso, incrementar los mecanismos con los que cuenta el Estado de derecho para vigilar la aplicación de las leyes, en este caso, no redundarán en una reducción significativa de las desigualdades en materia de retribuciones salariales por razón de género. Es posible, no obstante, que se pueda avanzar en esa dirección, en el supuesto de que todavía queden lagunas en la legislación –por ejemplo, en aspectos relativos a la transparencia en las empresas o en los procesos selectivos de personal– con respecto a la equidad entre los géneros. Pero aun existiendo la posibilidad de solventar los incumplimientos legales a base de mejorar la eficiencia de la inspección laboral, el problema de la desigualdad en las retribuciones salariales por género seguiría operando.

Por eso, entendemos que, más allá de implementar instrumentos para avanzar en la educación en igualdad, para reducir la brecha de ingresos de género resulta preciso asumir por el conjunto de la sociedad buena parte de los costes que conlleva el cuidado de niños, dependientes y/o mayores. Esto es política social –hacia la familia– en estado puro, una de nuestras principales carencias. Este es el camino por el que transitan los países que están obteniendo mejores resultados en materia de equidad de género, particularmente en el terreno laboral. Los ejemplos, también aquí, están al Norte de nuestro continente: guarderías, servicios para la dependencia o a la tercera edad. Se trata de sacar fuera de la familia este tipo de funciones sin que ello signifique la ruptura del vínculo familiar.

Por otro lado, además de atacar el problema a través del gasto social, es importante hacer hincapié en la inclusión de políticas que inviten a los varones a involucrarse en el cuidado de los hijos. La repartición más equitativa de las bajas por paternidad y maternidad es un ejemplo de ello. Desde el punto de vista de la política laboral, se deberían buscar medidas que avancen hacia la conciliación familiar, así como el aumento de la seguridad de los trabajadores que se encuentren en esta situación. También sería muy positiva la existencia de políticas activas de empleo que faciliten la vuelta al mercado de trabajo de los padres y madres que deciden parar sus carreras durante los primeros años de vida de sus hijos. Actividades formativas que se puedan conciliar con el ámbito familiar, o un seguimiento más exhaustivo de los individuos que se encuentren en esta situación, para facilitarles la búsqueda de empleo, pueden conseguir grandes resultados. De esta forma, se reduciría la brecha salarial provocada por la maternidad en edades más avanzadas.

No hay recetas mágicas, por supuesto, pero Suecia o Dinamarca están obteniendo buenos resultados y a la vez registran razonables avances en la reactivación de sus tasas de natalidad. Como en tantas otras facetas de nuestro desarrollo, la búsqueda de la igualdad no está reñida con el logro de la eficiencia.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blau, F.D. & Kahn, L. M. (2017). "The Gender Wage Gap: Extent, Trends, and Explanations", *Journal of Economic Literature*, Vol. 55, No. 3, September: 789-865)

Durán Heras, M.A. (2012). *El trabajo no remunerado en la economía global*. Fundación BBVA (ISBN: 948-84-92937-26-4), Bilbao.

Durán Heras, M.A. (2017). "Los derechos poslaborales. Desiguadad de género", Ruesga Benito, S.M., Suárez Corujo, B. & Gómez Sánchez, V.: *¿Cobraremos las pensiones? Cómo sostener el sistema público de pensiones*. Editorial Pirámide. Madrid:

Durán Heras, M.A. (2018). *La riqueza invisible del cuidado*. Universitat de Valencia (ISBN: 978-84-9134-324-0). Valencia.

ILO (2015). *Women in business and management: Gaining momentum – Global report*. Internationl Labour Office (978-92-2-128873-2). Geneva.

ILO (2018). Global Wage Report 2018/19: What lies behind gender pay gaps? Internationl Labour Office (ISBN: 9789220313473). Geneva.

Requena Aguilar, A. (2018). "La maternidad dispara la brecha salarial entre mujeres y hombres en España" El Diario.es, 27/11/2018 (https://www.eldiario.es/economia/brecha-genero-Espana-niveles-salariales_0_840266491.html)

Skidelsky, R. (2018). The Next Stage of Women's Emancipation?, *Project Syndicate*. Feb 22 (https://www.project-syndicate.org/commentary/women-emancipation-gender-bias-fight-by-robert-skidelsky-2018-02?barrier=accesspay).

Clásicos de la Seguridad Social

Laborum

JUAN EUGENIO BLANCO RODRÍGUEZ (1918-2014): El compromiso activo en la implantación de un Sistema de Seguridad Social en España

JUAN EUGENIO BLANCO RODRÍGUEZ (1918-2014): Active commitment to the implementation of a Social Security System in Spain

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

"[…] sin acudir a la solidaridad nacional ante las situaciones o contingencias protegidas, la Seguridad Social no pasa de ser artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria"

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la Ley 193/1963, de Bases de la Seguridad Social

"Los hombres hacen su propia historia, pero no lo hacen a su libre arbitrio, bajo circunstancias elegidos por ellos mismos, sino bajo aquellas circunstancias con que se encuentran directamente, que existen y les han sido legadas por el pasado. La tradición de todas las generaciones muertas oprime como una pesadilla el cerebro de los vivos"

KARL MARX[1]

1. INTRODUCCIÓN

Juan Eugenio Blanco Rodríguez (La Coruña 4.04.1918-Madrid 22.07.2014) fue un gran especialista en materia de Seguridad Social y de Derecho del Trabajo, dentro de una amplia trayectoria biográfica que entronca con su implicación con el régimen de la dictadura franquista, pero que alcanza a la fase fundacional del moderno sistema de Seguridad Social en España.

Al comenzar la Guerra Civil, Juan Eugenio Blanco estaba con su familia pasando el verano en Ayllón (Segovia). Era falangista, muy admirador de José Antonio Primo de Rivera, y se incorporó enseguida a la 2ª Centuria de la 1ª Bandera de Castilla. Fue herido en

[1] MARX, K.: *El 18 brumario de Luis Bonaparte* (1852), Madrid, Fundación Federico Engels, 2003, pág. 13.

febrero de 1937 en el frente del Jarama. Luego le padeció la tuberculosis y fue hospitalizado en Béjar, donde pasó un año hasta que le declararon inútil para el servicio. La tuberculosis se había llevado la vida de su madre y la de varios de sus tíos maternos (Lo relata Mercedes Blanco, hija de Juan Eugenio Blanco)[2].

Se alistó en la "División Azul"[3] y fue al frente de Rusia motivado por su ideario político falangista. La experiencia la contaría en su libro "*Rusia no es cuestión de un día*"[4], el cual fue escrito tras su regreso a España, aunque se publicó doce años después, en 1954. Perteneció a una unidad de élite, la 2ª "Compañía de Antitanques Divisionarios".

A su regreso del frente Ruso, comienza su carrera en la Administración, desde abajo, para ir ascendiendo conforme va completando sus interrumpidos estudios (primero el Bachillerato, después el Graduado Social, luego la Licenciatura en Derecho, luego el Doctorado en Ciencias Políticas y Económicas). Como funcionario, como abogado y como docente, su actividad siempre giró en torno al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Su carrera profesional, en lo público y en lo privado, fue brillante, y probablemente lo hubiera sido más de no contar con un agudo sentido crítico y una decidida independencia. De especial interés fue su nombramiento como Secretario General de las Mutualidades Laborales de Barcelona en 1947. Precisamente allí conoció a esposa, Mercedes Montagut Sadurní, con la que se casaría, en Madrid, en 1955. Como entonces las mujeres funcionarias pasaban a excedencia forzosa por matrimonio, ella dejó de trabajar oficialmente, "pero siguió trabajando aunque en exclusiva para mi padre, que no hubiera podido hacer nada de lo que hizo sin contar con ella" (Declaraciones de su hija Mercedes Blanco).

Desempeñó entre otros puestos el de Jefe Provincial de Madrid del Seguro de Enfermedad, Jefe del Servicio de Planificación del INP, Secretario de la Mutualidad de Vinícolas y Director de la Mutualidad de Autónomos. Durante varios años impartió clases de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad de Madrid y en el Instituto Social León XIII[5]. En 1952 comenzó a ejercer como abogado, aunque sólo lo hacía ocasionalmente. Su principal ocupación era el servicio público, y su empeño casi apasionado, la implantación y expansión primero, y luego la consolidación y eficacia, del sistema público de Seguridad Social. En esta etapa publicó varios libros y más de un centenar de artículos.

[2] http://historiaenlibertad.blogspot.com/2014/10/jose-manuel-lledo-juan-eugenio-blanco.html. Artículo publicado en *Blau División*, octubre-2014.

[3] El sentido político ideológico de la incorporación del falangismo en la "cruzada anticomunista" impulsada por Hitler, en PENELLA, M.: *La Falange Teórica. De José Antonio Primo de Rivera a Dionisio Ridruejo*, Barcelona, Ed. Planeta, 2006, págs. 403-412. Véase también PAYNE, S.G.: *Falange. Historia del fascismo español*, Madrid, Ed. Sarpe, 1985; Ibid., *El primer franquismo, 1939-1959. Los años de la autarquía*, Madrid, Historia de España 28, 1997. De interés es también el libro colectivo RAMÍREZ, M. y otros: *Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939-1945)*, Zaragoza, Ed. Pórtico, 1978; *Ibid*., *Franco y José Antonio. El extraño caso del fascismo español*, Barcelona, Ed. Planeta, 1997; THOMÁS, J.M.: *La Falange de Franco. El proyecto fascista del Régimen*, Barcelona, Plaza y Janés, 2001.

[4] Publicado en Internet en la dirección www.rusianoescuestiondeundia.com.

[5] Sobre la relevancia político social del Instituto León XIII, véase *Doctrina Social de la Iglesia y realidades de la Iglesia y realidades nuevas (En los cincuenta años del Instituto Social León XIII)*, Dossier monográfico de *Sociedad y Utopías. Revista de Ciencias Sociales*, núm.17 (Mayo 2001). Sobre la doctrina social de la Iglesia en una perspectiva histórica e ideológico-jurídica, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador*: *Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares, 2013, *passim.*

Con la Transición democrática fue cesado en su puesto de Director de la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos y dejó de impartir clases en a la Facultad. Es así que a partir de 1978, se dedicó exclusivamente a la abogacía, actividad en la que continuó con su hija hasta pocos años antes de su fallecimiento.

2. PENSAMIENTO JURÍDICO-SOCIAL: EL COMPROMISO CON LA IMPLANTACIÓN DEL DERECHO SOCIAL EN LA LÓGICA DEL ORDEN ESTABLECIDO

Sin abandonar su ideología falangista, Juan Eugenio Blanco adquirió un fuerte compromiso con la idea de "justicia social" y su juridificación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social durante el periodo franquista. De hecho la ideología de José Antonio Primo de Rivera ensalzaba, entre otras cosas, la importancia de construir un régimen de solidaridad nacional que permitiera incorporar a las clases trabajadoras en la dinámica político-institucional del nuevo régimen totalitario[6]. Y el propio "Estado social franquista", sería "tributario del falangismo" ideológico[7], donde influye el ideal joseantoniano de la justicia social. La dictadura de Franco buscó la legitimidad sociopolítica y acudió a la doctrina social falangista. En esa perspectiva se sitúa el discurso ideológico popular de personalidades destacadas del régimen como José Antonio Girón de Velasco[8]. El régimen franquista utilizó la política social –y dentro de ella la previsión social y la Seguridad Social– como un aspecto central del discurso político, y desde el Ministerio de Trabajo, el Sindicato vertical o desde la Sección Femenina –en gran medida bajo influencia falangista, el régimen de la dictadura se pudo revestir de una imagen de "Estado asistencial" como vehículo de propaganda[9]. El fenómeno no era nuevo en los Estados totalitarios anteriores a la segunda postguerra mundial, como la Alemania de Adolf Hitler y la Italia de Benito Mussolini. Se ha podido hablar al respecto de una "nacionalización de las masas" con la intención de

[6] PRIMO DE RIVERA, J.A.: *Obras completas*, edición del Río Gineros Conde, Madrid, Editora Nacional, 1942; *Ibid., Papeles póstumos de José Antonio*, edición de Miguel Primo de Rivera y Urquijo, Barcelona, Ed. Plaza y Janés, 1996. Teórico falangista importante en la construcción de la teoría de la protección social desde este forma de pensamiento, LARRAZ, J.: *La meta de dos revoluciones*, Publicado por Ed. del autor, Madrid, 1946, con exposición de su pensamiento social. José Larraz, que fue Ministro de Hacienda en el primer gobierno de Franco, al final de la guerra civil. También LARRAZ, J.: *Política social y bien común*. Murcia, Isabor, 2011. Véase también ARRESE, J.L.DE: *La Revolución Social del Nacional-Sindicalismo*, Madrid, Ed. Nacional, 1940.

[7] PENELLA, M.: *La Falange Teórica. De José Antonio Primo de Rivera a Dionisio Ridruejo*, Barcelona, Ed. Planeta, 2006, págs. 420-425. Se puede afirmar que, con todas las matizaciones necesarias, "el falangismo sirvió para injertar en el pensamiento de la derecha triunfante una inquietud social" (*Ibid.*, pág. 422). "José Antonio Girón, un falangista puro que, con ellas, como Ministro de Trabajo, creyó estar haciendo algo serio para llevar a la práctica las sugerencias de la Falange Teórica. Desde el punto de vista de ésta, sus realizaciones fueron muy modestas. Pero no desdeñables. Las derechas habían vencido absolutamente, pero José Antonio Girón, inspirado en esa Falange y apoyado por Franco, consiguió crear, donde ya no había nada, el Seguro de Enfermedad (1942), el Instituto de Medicina e Higiene y Seguridad en el Trabajo (1944), el Plus de Cargas Familiares (1946), los Jurados de Empresa (1947) y el Subsidio de Invalidez (1947)… Con esas leyes de Girón –y con las que vinieron después- se intentó calmar las demandas sociales. Gracias al influjo parcial de la Falange Teórica se pudo llegar a la fórmula mágica, tantas veces repetida, por la cual el franquista se definía a sí mismo como "políticamente de derechas y socialmente de izquierdas… Así pues, cabe admitir que el falangismo injertó en la derecha española una conciencia social despierta" (*Ibid.*, págs. 424-425).

[8] GIRÓN DE VELASCO, J.A.: *Quince años de política social*, Madrid, Ed. Altamira, 1951; *Ibid., Orientaciones sociales del Gobierno*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1945; *Ibid., Escritos y Discursos*, 6 vols. Madrid, Ed. Altamira, 1952-1956.

[9] MOLINERO, C.: La captación de las masas. Política social y propaganda en el régimen franquista, Madrid, Ed. Cátedra, 2005, pág. 211.

incorporándolas en la dinámica político-institucional del sistema totalitario a través de distintos cauces, siendo uno de ellos el de las realizaciones en el campo de la política social, proporcionando un mecanismo de control social de las clases trabajadoras[10].

Esto dicho, conviene precisar que la obra de madurez de Juan Eugenio Blanco refleja un sentido y sincero compromiso –nada retórico ni oportunista– respecto a la defensa de la justicia social y la implantación un moderno sistema de Seguridad Social. Bastaría reparar, como ahora se indicará, en su implicación directa en el proceso de planificación de la Seguridad Social en España[11].

En gran medida la política social del franquismo presenta una nítida inspiración falangista y fue puesta en práctica mayormente por personas que participaban de ese ideario político-ideológico. No es de extrañar que J. E. Blanco se centrara en el Mutualismo Laboral. Las Mutualidades Laborales materializaron un sistema de seguros sociales que completaban o integraban los seguros sociales gestionados por el Instituto Nacional del Previsión. Dependían del Ministerio de Trabajo y mantenían una participación institucional del "Sindicato Vertical"[12] en su gestión. El impulso más determinante procedía de José Antonio Girón de Velasco, Ministro falangista del régimen de Franco. Por entonces en la Previsión Social española era necesario diferenciar dos regímenes distintos: el de los seguros de tipo general y el de las Mutualidades Laborales que podían tener de ordinario carácter complementario o integrativo. Su rápido crecimiento pronto planteó exigencias de coordinación y de racionalización en todos las vertientes (gestión, técnicas instrumentales, régimen de prestaciones, etcétera)[13]. El Mutualismo Laboral era un sistema de previsión

[10] Es ya clásico al respecto el libro de MOSSE, G.L.: *La nacionalización de las masas*, Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2005. Muchos de los sus fundamentos sería evidenciados antes por autores tan lúcidos como Gustave Le Bon y George Sorel. Puede consultarse, LE BON, G.: *Psicología de las multitudes*, trad. española de J. M. Navarro de Palencia, revisión J. L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, «La era de las masas»: el pensamiento socio-político de Gustave Le Bon», de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, LXXXIX+136 págs.; SOREL, G.: *Reflexiones sobre la violencia*, edición y estudio preliminar, «Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011.

[11] Se refleja en su numerosos artículos –en los que cultivo un ensayo social, de defensa de la protección sociolaboral-, pero queda más detallado en sus intervenciones en el proceso de planificación que el mismo relativa exhaustivamente en su libro *La planificación de la Seguridad Social Española*, Barcelona, Ediciones Marte, 1964.

[12] Sobre la funcionalidad política e ideológico laboral del Sindical Vertical como mecanismo de control público autoritario de las relaciones laborales en el Estado franquista, puede consultarse, entre la bibliografía existente, SÁNCHEZ LÓPEZ, R. y NICOLÁS MARÍN, E.: "Sindicalismo vertical franquista: la institucionalización de una antinomia (1939-1977)", en RUIZ, D. (Dir.), *Historia de Comisiones Obreras (1958-1988)*, Madrid, Siglo XXI, 1993; APARICIO, M. A.: *El sindicalismo vertical y la formación del Estado franquista*, Barcelona, Eunibar, 1980; BABIANO MORA, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España (1938-1958)*, Madrid, CES, 1998; MATEOS, A.: *La denuncia del sindicato vertical. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo (1939-1969)*, Madrid, CES, 1997. La Ley de Bases de la Organización Sindical (1940) se recoge en el libro oficial, *Fundamentos del Nuevo Estado*, Madrid, Vicesecretaría de Educación Popular, 1943, págs. 185-193.

[13] BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: "Las Mutualidades Laborales ante el seguro total", en *Revista de Derecho del Trabajo",* núm. 20 (1957), págs. 22-25; *Ibid.*, "El mutualismo laboral en la doctrina española", en *Cuadernos de Previsión Laboral*, Madrid, 1954, págs. 9-38. El autor dedicó numerosos artículos a la problemática del Mutualismo Laboral, siendo uno de los grandes especialistas. Lo cual reconocido expresamente en la monografía más solvente en la materia, MEILÁN GIL, J.L.: *El Mutualismo Laboral. Estudio jurídico*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, 1963, donde se afirma que "al tratar de este tema es obligado hacer referencia al artículo de Juan Eugenio Blanco en el

(...)

social de amplísima generalización. Lo componían una serie de medidas de previsión –Seguros Sociales– y de medidas de asistencia, que encontraban un nexo común en sus destinatarios: los trabajadores (por cuenta ajena o por cuenta propia). Reunían todos los caracteres principales de los Seguros Sociales (previsión colectiva obligatoria, técnicamente organizada); pero se distinguían de los demás Seguros Sociales conocidos con el adjetivo de generales. Los rasgos en los que se basaba la distinción procedían precisamente de su participación en los caracteres de las Mutualidades. La indicación de sus destinatarios remitía a una profesión o más exactamente a un sector laboral o profesional. Operaban, así, sobre un "ámbito limitado de solidaridad", que se restringía solamente a los trabajadores que pertenecían a un sector laboral –o a sectores laborales afines–. Junto a este rasgo hay que añadir la originaria participación de los propios interesados en la gestión del Mutualismo Laboral. Por lo demás, se afirmaba, que desde la perspectiva de los fines del Estado y su actividad administrativa el Mutualismo Laboral es un "servicio público de naturaleza social" gestionado por entes de carácter mutualista[14].

El Mutualismo Laboral, además, estuvo muy vinculado a las "Universidades Laborales" en el marco de la política social del franquismo. El Mutualismo también impulsó la "Obra Sindical del Hogar" y colaboró con el "Instituto de la Vivienda". En toda esa actividad estuvo implicado directamente J. E. Blanco, en su calidad de especialista técnico de la administración del Mutualismo Laboral, Secretario del Sindicato de Industrias Vinícolas y de Profesor Asociado de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad de Madrid. Por otra parte, nuestro autor se ocupará de estudiar y facilitar información constante del desarrollo del Mutualismo Laboral en la "Revista de Derecho del Trabajo" desde 1954 hasta 1963, que remite a una fase expansiva hasta la reforma que impulsar la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963. Proceso de reforma fundamental en el que tuvo un papel decisivo el propio Juan Eugenio Blanco, pues participó activamente con informes, jornadas técnicas y sindicales (de la "organización sindical vertical"), Congresos y Comisiones de Expertos, ámbitos donde se gestó todo el proceso. Esa aportación se puede rastrear fácilmente en su importante libro

que se pasa revista a la producción científica de los principales autores españoles para quejarse en términos bastante duros de la escasa atención que se había dedicado a esta materia. El trabajo es de 1954, antes de la publicación del Reglamento General del Mutualismo Laboral" (*Ibid.*, pág. 99). Pero añade, además, que "Entre los trabajos posteriores a aquellas fechas hay que señalar los que de una manera continuada y sistemática ha venido realizando el propio Juan Eugenio Blanco en casi todos los números de la Revista de Derecho del Trabajo, dirigida por el profesor Pérez Botija, que desde el primer número ha dedicado atención a los problemas del Mutualismo Laboral" (*Ibid*., pág. 100).

[14] Un estudio detenido del Mutualismo Laboral, su significado y relevancia puede hallarse en MEILÁN GIL, J.L.: *El Mutualismo Laboral. Estudio jurídico*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, 1963, espec., págs. 93 y sigs.

sobre *La planificación de la Seguridad Social Española* (1964)[15], y en las fuentes disponibles sobre la racionalización de la Seguridad Social en nuestro País[16].

Según J. E. Blanco, hasta el importantísimo suceso legislativo del año 1963 el desarrollo de la previsión y de la Seguridad Social había transcurrido sin una rigurosa planificación. Con Mannheim ("Libertad y Planificación") entiende que es necesario establecer un equilibrio entre la necesaria planificación y la esfera de la libertad[17]. Pero una política planificadora no tiene por qué suponer una alteración sustancial de "los esquemas políticos liberales y es perfectamente posible la coexistencia de la libertad y dignidad humanas con una política planificadora, que por otra parte, es un procedimiento ineludible de actuación y en los estados moderno" y en particular dentro del campo de los planes de Seguridad Social. El neoliberalismo contemporáneo busca una "tercera vía" entre el intervencionismo estatal y el liberalismo clásico según el modo de pensar de Karl Mannheim[18] y Wilhelm Röpke[19] (éste pensador tuvo una gran influencia en nuestro país)[20]. En el ámbito de los seguros sociales y de la Seguridad Social o de cualquier acción promovida por el poder público, la intervención de éste es consustancial a la planificación. Y esa intervención social es la impulsada precisamente por la OIT[21]: un planificación que debe atender a las realidades, sociales, económicas, y políticas. En esa labor de racionalización que exigirá unificar y coordinar.

La unificación relativa puede considerarse como un perfeccionamiento de la coordinación, mientras que la unificación relativa presenta las dos formas de fusión de riesgos (riesgo único) o fusión de seguros (seguro único)[22]. Hito importante en el proceso de la planificación social en nuestro País es el "Plan Jordana" ("Proyecto de Ley de Bases formulado por la Comisión Redactora del Proyecto de Plan Nacional de Seguridad Social y Texto rectificado presentado por el Vocal don Antonio Segurado Guerra", que fue elevado a

[15] Por el ejemplo se realiza un extenso comentario al tratamiento de la Seguridad Social en el II Congreso Sindical, BLANCO, J.E.: "Bases para un reajuste de la Seguridad Social", núm. 95 de "Jornal", 33 páginas, Madrid, junio de 1962. Participa en Ponencias en Congresos preparatorios de la planificación jurídica de la Seguridad Social que conducirían a la Ley de Bases y a los textos artículos que vendría después (*La planificación de la Seguridad Social Española*, Barcelona, Ediciones Marte, 1964, por ejemplo, págs. 154, nota 63), 162, nota 68, 168, nota 69, 170, notas 70 y 71, 182, nota 78, 179, notas 73 y 74, 146, nota 61, 139, nota 58, 128, nota 57, 114-115, nota 49, 237, nota 101, 262, nota 116, 280, nota 123).

[16] Información y análisis al respecto se puede hallar en DEL PESO CALVO, C.: *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social. Apuntes históricos comentados*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1967, espec., Capítulo 3º, págs. 159 y sigs.

[17] La planificación de la Seguridad Social Española, cit., págs. 5 y sigs.

[18] MANNHEIM, K.: Libertad, poder y planificación democrática, México, FCE, 1960; Ibid., *Diagnóstico de nuestro tiempo*, trad. de José Medina Echavarría, *México, FCE*, 1944; ibid., Ideología y utopía: Introducción a la sociología del conocimiento, Madrid, Ed. Aguilar, 1966.

[19] La planificación de la Seguridad Social Española, cit., pág. 7.

[20] MOLINA CANO, J.: *La tercera vía en Wilhelm Röpke*, Navarra, Instituto Empresa y Humanismo, 2001; *Ibid*., "Wilhelm Röpke, conservador radical. De la crítica de la cultura al humanismo económico". *Revista de Estudios Políticos*, núm. 136 (2007), págs. 91-141.

[21] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., 8. En esta obra el autor explicita que la finalidad última de este trabajo es la de realizar unas consideraciones y propuestas sobre planificación de Seguridad Social en España.

[22] J.E. BLANCO observa criticará la teoría del riesgo único: la teoría del riesgo único la inició en España, López Nuñez, que hacia abstracción de los riesgos particularizados y se refería al "único" de la falta de trabajo y consiguiente pérdida del salario. Esta teoría es criticable principalmente por no existir unidad en las contingencias y sí solo en los efectos o consecuencias, comprenden especialmente éstas la teoría sustitutiva del seguro único mediante la fusión de seguro. Cfr. *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., pág. 25.

examen de la Comisión Permanente del Instituto Nacional de Previsión, como trámite previo a su posterior discusión por el Consejo)[23]. J.E. Blanco, sin perjuicio de valorar los aspectos positivos, adoptará una posición crítica sobre su orientación principal de fondo, lo que permitirá entrever su propia posición al respecto: "La objeción fundamental que propicia el Plan Jordana consiste en un exagerador respeto a las actuales estructuras de gestión (Instituto Nacional de Previsión y Mutualidades Laborales) que al considerarse "a priori" intocables, originaba que sólo ligeros retoques cupiese hacer en la organización básica de la Seguridad Social, por ambas instituciones prácticamente duopolizada". En el fondo, "el Plan Jordana, francamente tímido en cuanto a lo que supusiera remoción o reforma de los seguros sociales clásicos administrados por las Mutualidades Laborales y el Instituto Nacional de Previsión, resultaba audazmente revolucionario en cuanto a otros problemas tales como la concepción del Régimen de Asistencia Social, el seguro de los funcionarios públicos o las relaciones de la Sanidad Pública y los Seguros Sociales"[24].

Para llevar a cabo un verdadero plan de Seguridad Social se impone una profunda reestructuración y remoción de los vigentes regímenes de seguro y la consiguiente y profunda repercusión en la estructura de los organismos generales de la previsión social. Por ello, más allá de abstracciones propugnadas por "los paladines del "statuto quo", que incluso han tratado de revestir de doctrina filosófica la configuración de las instituciones gestoras del seguro social", debe abordarse una reforma racionalizadora con todas sus consecuencias[25].

J.E. Blanco relativiza la división en seguros generales y profesionales, considerando que es "una inversión de razonamiento, (que) se ha tomado por algunos como significativa de la necesidad de ambos regímenes de seguros sociales concebidos independientemente". Para él tanto el INP como el Mutualismo Laboral tenían una organización territorial, geográfica, provincial pudiéramos decir, de los seguros sociales que administran[26]. Él fustiga a aquellos sectores que se oponen a los cambios estructurales: "Los filósofos y apologistas del "statut quo" se han creído en la obligación de presentar el régimen español de Seguridad Social como una pieza armónicamente concebida, idealmente pensada con arreglo a imperativos lógicos. Esta filosofía ortopédica –no hay por qué ocultarlo– tiende a mantener la actual situación, ya que si se considera "perfecta" bien claro resulta que no hay por qué modificarla; y coadyuvando a esta política, se han querido exagerar las diferencias de ambos regímenes de Seguridad Social, para basar en ellas la imposible conciliación"[27].

En el marco de esa reordenación estructural J.E. Blanco se muestra partidario del tratamiento de la seguridad social complementaria (protección social complementaria) en los convenios colectivos "sindicales". Pero estima que se necesitaría una reordenación de su

[23] Se expone detenidamente en *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 62 y sigs.

[24] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 75 y 78. J.E. Blanco examinará después críticamente varios planes: "El Plan Segurado", la posición del profesor Ucelay, el "Plan Consejo I.N.P.", la planificación de la Seguridad Social en el Consejo Social 1959 de la Organización Sindical, y en las diversas Jornadas Técnicas Sociales, donde el mismo participó activamente.

[25] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 146 y 147. Subraya que "El movimiento intelectual "justificativo" se inicia en 1947, simultáneamente a la aparición del Mutualismo Laboral, y –bien es verdad que con escasos exponentes- se manifiesta esporádicamente hasta nuestros días" (*Ibid.*, pág. 147).

[26] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 148-149. Subraya que "Tanto el Mutualismo Laboral como el INP desarrollan un sistema de seguros sociales obligatorios y generalizados, entendidos al modo tradicional" (*Ibid*., 151).

[27] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., pág. 153.

papel al servicio de la Seguridad Social, evitando disfuncionalidades en su lógica protectora. En su desarrollo descoordinado encuentra el inicio de "un camino de falta de solidaridad nacional"[28].

Para J.E. Blanco es obligada la participación de los sujetos protegidos en la gestión del sistema, en su modo de pensar sería la materialización de "las relaciones humanas en la Seguridad Social"[29].

Se muestra partidario, por otra parte, de la entrada de nuestro país en la Comunidad económica Europea (C.E.E.) y entiende que la planificación de la Seguridad Social debería tomar seriamente en consideración esa previsible incorporación en un futuro. Y apunta que "con vistas a nuestra previsible entrada en la C.E.E. aparte de los efectos que (queridos o no) habrán de producir a nuestra Seguridad Social la necesaria adaptación y progresivo acoplamiento a las normas internacionales, parece conveniente, o más bien ineludible (y esto supone un avance hacia la planificación interna), la máxima coordinación de nuestros seguros sociales para facilitar la homologación del sistema español en el conjunto europeo". Nuestro sistema de Seguridad Social ha de conformarse con arreglo a las técnicas que inspiran la moderna reforma administrativa, movimiento también universal y contemporáneo de largo alcance y que abarca desde el tratamiento constitucional o básico de la legislación hasta los problemas del mecanismo burocrático que afronten los movimientos de trabajadores migrantes[30].

También apuesta por la extensión plena de la Seguridad Social a los trabajadores autónomos o independientes, con las singularidades que se estimen pertinentes y adecuadas[31].

Partiendo de la existencia de un marco legal deficiente apuesta por un plan de reforma estructural que supere la tremenda carga de intereses creados que origina violentas e irreductibles oposiciones (El INP., el Instituto Social de la Marina, las Compañías aseguradoras de accidentes de trabajo, las Entidades colaboradoras, la propia burocracia funcionarial[32].

Respecto a los grandes problemas defiende la extensión del campo de aplicación ("afortunadamente, a la extensión de la inseguridad corresponde la extensión de Seguridad Social paulativa"); recursos económicos del seguro social bajo el esquema de contribución tripartita (con la creciente aportación estatal); prestaciones para hacer frente a todas las situaciones necesidad y dotadas de un nivel satisfactorio de garantías (la solidaridad nacional que entraña el régimen de Seguridad Social hace que sean irritantes e injustas las acusadas diferencias prestacionales en los beneficiarios; nuestro criterio al respecto –afirma– es bien simple: la Seguridad Social debe garantizar con sus prestaciones un "status" con relación al

[28] La planificación de la Seguridad Social Española, cit., págs. 182 y sigs. Le dedicaría una importante monografía en su época, Estudio de los convenios colectivos especial consideración de su repercusión en la Seguridad Social, Madrid, Instituto Nacional de Previsión (Estudios "Premio Marva"; 20), 1963.

[29] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 213 y sigs.

[30] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 255-256.

[31] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 256. Él ya había defendido "La extensión del Mutualismo a los trabajadores independientes", en *Revista de Derecho del Trabajo*, Mayo-junio, 1960.

[32] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 281 y sigs.

nivel de vida alcanzado mediante el trabajo, concretado correlativamente en el salario percibido"); el salario regulador de las prestaciones debe ser suficiente para subvenir a sus necesidades (vinculado a la ecuación entre salario-base de cotización=salario base de prestaciones, de manea que se aproxime lo más posible salario real=salario-base de cotización para que la Seguridad Social que se alcance sea cada vez más efectiva); deben garantizarse las prestaciones fundamentales (las prestaciones económicas fundamentales de un sistema de Seguridad Social son las Pensiones de Jubilación e Invalidez, Pensiones de Viudedad y Orfandad, Subsidio de Enfermedad, Subsidios Familiares y Subsidio de Paro (todas estas prestaciones, excepto los subsidios familiares, son sustitutivas del salario, es decir, se hacen efectivas cuando aquél no se percibe, y tratan de suplirlo. Por tanto, deben ser otorgadas en función del salario, y no como cantidades fijas y uniformes para toda la población asegurada)[33], se apuesta por la contributividad de las pensiones de Viudedad (resulta aplicable el silogismo de que si con la pensión se trata de suplir el salario del causante es en relación con este salario cómo ha de determinarse aquélla) y Orfandad, en cuanto a la enfermedad el criterio tiene que ser no contributivo y por tanto asumido por el Estado, las asignaciones familiares se ha de fundamentar en el principio de la compensación (en desvincular el salario del subsidio, en diluir los riesgos con una gran Mutualidad Nacional y en que el subsidio sea compensación de la carga familiar) y respecto al seguro de paro forzoso contributivo (aboga por su implantación efectiva a pesar de las dificultades que presenta; y debe acercarse el máximo posible al salario real, aunque constata el problema práctico de la distancia existente entre el salario real y el regulador de cotización-prestaciones)[34]. Para J.E. Blanco el plan de Seguridad Social en España no se va a "realizar sobre una página en blanco", porque ciertamente no se partía de cero[35]. No todo puede ser complaciente, pues defendió como premisa la "planificación partiendo de la supervivencia del INP y de las Mutualidades Laborales con características y constitución que no difieran de las actuales" (escribe en 1964)[36]. Este dualismo lastra una parte significativa de sus

[33] *La planificación de la Seguridad Social Española,* cit., págs. 289 y sigs. Respecto a la centralidad de la pensión de jubilación en el marco de una planificación social reflexiona en los términos siguientes: "En el Plan Nacional de Seguridad Social que algún día ha de realizarse, pueden seguirse varios criterios en relación con esta prestación. El del mantenimiento del "statu quo" actual, o el "estructuración, con un criterio de unidad, de los seguros sociales existentes" dedicados a esta prestación de jubilación o vejez, una de las más importantes del futuro del sistema. No se nos oculta lo difícil e incómodo que resulta el adoptar este último criterio, que creemos el único aconsejable desde un punto de vista lógico. También es posible, reduciendo al absurdo el sistema dual, el que ambos regímenes de seguro de vejez otorguen prestaciones en porcentajes del salario" (*Ibid.*, pág. 321).

[34] *La planificación de la Seguridad Social Española,* cit., págs. 327 y sigs.

[35] *La planificación de la Seguridad Social Española,* cit., pág. 355.

[36] En cualquier caso no se debe olvidar que la Ley 193/1963, de 28 diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, mantuvo el dualismo del INP y Mutualidades Laborales (El Pleno de las Cortes aprobó la Ley en su reunión de 28 de diciembre de 1963). Efectivamente, ello se comprueba nítida en la Base Decimoséptima (Gestión de la Seguridad Social). Sesenta y nueve. "La gestión de la Seguridad Social se efectuará bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo, por Entidades gestoras, con plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines. Dichas Entidades gozarán del beneficio de pobreza a efectos jurisdiccionales, así como de exención tributaria absoluta, incluidas las tasas y exacciones parafiscales. Las Entidades gestoras de la Seguridad Social a que se refiere el párrafo anterior serán, en cuanto al régimen general, el Instituto Nacional de Previsión y las Mutualidades Laborales, y para los regímenes especiales mencionados en la Base tercera, los creados en las disposiciones que los regulen, sin perjuicio de lo dispuesto en los restantes números de esta Base. En la gestión de la Seguridad Social, y con los beneficios señalados en el párrafo primero, colaborará la Organización Sindical en la medida y condiciones que se establezcan". En tanto que en el apartado Setenta y cuatro, se estableció que: "Las Mutualidades Laborales tendrán la naturaleza de Corporaciones de interés público, integradas por Empresas y trabajadores, instituidas y tuteladas por el

(...)

propuestas. Ello no obstante, defiende un proceso de racionalización, simplificación y la tendencia hacia la unidad en todos los aspectos fundamentales bajo la acción conjunta de todas las instituciones concernidas en la adopción de las medidas que demandan los numerosos problemas que se suscitan en la protección de las personas ante las situaciones necesidad que comprometen su existencia digna[37].

Atendiendo a su época es innegable que J.E. Blanco planteó el plan de Seguridad Social en la lógica propia dominante en su época, es decir, su configuración eminentemente contributiva en la tradición bismarkiana corregida tímidamente por la experiencia anglosajona del modelo beveridgiano. Más allá de la evolución posterior, que no puede ser tratada aquí, este es el modelo que sigue en sus rasgos fundamentales la Ley 193/1963, de 28 diciembre, sobre Bases de la Seguridad social, que mantuvo el dualismo del INP y Mutualidades Laborales[38].

En primer lugar, y como punto de partida, se indica en la Exposición de Motivos de la Ley que "parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social. Con ello se va más allá de la simple sistematización y ajuste de los regímenes ya establecidos. Al *generalizar la protección a la población activa en su conjunto* y al contemplar armónicamente las situaciones de necesidad social que la experiencia ha demostrado que son susceptibles de cobertura, se reacciona contra la insuficiencia de nuestro sistema actual, en parte nacida del largo y complejo proceso de expansión operado y, muy particularmente, de la aparición sucesiva y no coordinada de los sistemas parciales de aseguramiento" (Apartado I. Uno).

En un segundo momento, que: "Conscientes de que sin acudir a la solidaridad nacional ante las situaciones o contingencias protegidas, la Seguridad Social no pasa de ser artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria, la Ley concibe a ésta como una tarea nacional…" (Apartado I. Uno). Para señalar más adelante que "la Seguridad Social, entendida como sistema de superación de los esquemas clásicos de Previsión y Seguros Sociales, exige inexcusablemente un régimen complementario de Asistencia Social. Dentro de la Seguridad Social, la Asistencia se configura por la Ley como un sistema complementario, en casos límite, de la protección dispensada por la primera; pero no se trata tanto de un régimen complementario de la Seguridad Social como sistema, cuanto de un régimen complementario de sus prestaciones…" (Apartado III. Cinco).

Indicando, finalmente, que "la Ley está presidida por ciertas directrices, las cuales además de conferirle su más alto valor, resumen el alcance de la reforma. Principales

Ministerio de Trabajo para el cumplimiento de los fines que les corresponden como Entidades gestoras de la Seguridad Social y para dispensar las prestaciones que, de acuerdo con las bases de esta Ley, fijen sus Estatutos respectivos. Mediante fórmulas federativas y los reajustes que se estimen necesarios, y con objeto de conseguir una adecuada compensación profesional y nacional, se tenderá a la máxima homogeneización de los colectivos en las Mutualidades Laborales de los trabajadores por cuenta ajena, en las que se integrarán los de las Mutualidades y Cajas de Empresa en el tiempo y bajo las condiciones que se determinen".

[37] *La planificación de la Seguridad Social Española*, cit., págs. 357-360.

[38] Así, paradigmáticamente, en la Base Preliminar II, se establece que: "A través de la Seguridad Social el Estado español garantiza a las personas, que por razón de sus actividades están comprendidas en su campo de aplicación, y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta Ley se definen y la progresiva elevación de su nivel de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural".

directrices son la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero [en la adopción generalizada del régimen de reparto], la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación". (Apartado I. Dos)[39].

3. BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN)

3.1. Artículos en Revistas

Juan Eugenio Blanco será el jurista encargado de divulgar y dar información detallada y precisa del desenvolvimiento de las Mutualidades Laborales en la *Revista de Derecho del Trabajo* desde 1954 hasta 1963. En ella publicaría numerosos artículos.

Pero su actividad investigadora y de divulgación se desplegaría en otras muchas revistas y editoriales, con un total de más de ciento cincuenta publicaciones. Aquí se citan sólo algunas de ellas significativas de su aportación, y, desde luego, sin ánimo de exhaustividad.

- "El Mutualismo Laboral", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm.1, Enero-Febrero, (1954).
- "Las Mutualidades Laborales y el problema de la vivienda", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 2, Marzo-Abril, (1954).
- "El Montepío Nacional de la Dependencia Mercantil", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 3, Mayo-Junio, (1954).
- "Examen comparativo de las prestaciones en los Estatutos de las Mutualidades Laborales", *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 5, Septiembre-Octubre, (1954).
- *"*La Mutualidad Laboral de Banca", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 6, Noviembre-Diciembre, (1954).
- *"*La Mutualidad Laboral de Seguros", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 8, Mayo-Junio, 1955.
- "El Servicio de mutualidades laborales. Estudio acerca de sus atribuciones", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 11, Septiembre-Octubre (1955).
- "El salario regulador de prestaciones", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 13, Enero-Febrero, (1956).
- "La prestación de acción formativa", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 16, Julio-Agosto, (1956).

[39] Un primer análisis de estas "directrices", en VIDA SORIA, J.: "Observaciones sobre las directrices generales de la Ley 193/63, d3 28 de diciembre, que aprueba las Bases para la reestructuración de la Seguridad Social española", en *Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social,* Madrid, Facultad de Derecho, 1964.

- "Las Asambleas provinciales del Mutualismo Laboral", en *Revista de Derecho del Trabajo,* Marzo-Abril (1956).

- "El salario regulador de prestaciones", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 13, enero-febrero (1956).

- "Crédito laboral", en *Cuadernos de Política Social,* núm. 34 (1957).

- *"*El Crédito laboral de Vivienda", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 38, Marzo-Abril (1960).

- "Mutualidades y Cajas de Empresas", en *Revista de Derecho del Trabajo,* núm. 25, enero-febrero (1958).

- "Mutualismo Laboral. Las prestaciones extrarreglamentarias", en *Revista Derecho del Trabajo,* septiembre-Octubre (1959) y Noviembre-Diciembre (1959).

- "Las prestaciones extrarreglamentarias de la Ley de Bases de la Seguridad Social", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* núm. 5, Septiembre-Octubre, (1964).

- "La colaboración sindical en la gestión del Mutualismo Laboral de trabajadores independientes", en *Revista Derecho del Trabajo,* Noviembre-Diciembre (1960).

- "El Decreto de 21 de septiembre de 1960 y su repercusión en el concepto de salario base de cotización a la Seguridad Social", en *Revista de Política Social,* núm. 54 (1962).

- "Bases para un reajuste de la Seguridad Social", núm. 95 de *"Jornal",* Madrid, junio de 1962, 33 páginas.

- "El régimen de tarifas de salarios de cotización y prestaciones", en *Boletín de Divulgación Social,* Enero-Junio de 1963 (Este ensayo se incluye también como parte de la Addenda de su libro *La planificación de la Seguridad Social Española,* cit., págs. 391 y sigs.).

- "La afiliación en la Ley española de bases de seguridad social de 28 de diciembre de 1963*",* en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, vol. 14, núm.6, Noviembre-Diciembre (1965).

- "Identificación terminológica y características del sujeto protegido en la Ley de Bases de Seguridad Social", en *Revista Iberoamericana de Seguridad Social,* núm. 2, Marzo-Abril (1964).

- "Azorín, Azaña, Antonio Espina, Sánchez Mazas y los soldados de Salamina", en *Anales de la Real Academia de Doctores,* Vol. 11, Nº 2, (2007).

- Un episodio de bandolerismo durante la guerra de la independencia. Los "muchachos de Santibáñez", en *Anales de la Real Academia de Doctores,* Vol. 9, Nº 2 (2005).

- Un original sistema de prestación complementaria de la seguridad social: el "seguro de sueldo" de los trabajadores de Telefónica, S.A," en *Aranzadi social,* Nº 5 (2002).

- "Sobre un caso de desunificación de doctrina entre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en unificación de doctrina", Mercedes M. Blanco Montagut (hija de J.E.Blanco), Juan Eugenio Blanco Rodríguez, en *Aranzadi social,* Nº 5 (1997).

- "La extinción del contrato de trabajo con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 52.C del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo): estudio de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia hasta 31-12-1995", Mercedes M. Blanco Montagut (hija de J.E.Blanco), Juan Eugenio Blanco Rodríguez, en *Aranzadi social*, Nº 3 (1996).

- "La problemática aplicación del convenio 158 de la O.I.T sobre la terminación de la relación de trabajo", Mercedes M. Blanco Montagut (hija de J.E.Blanco), Juan Eugenio Blanco Rodríguez, en *Actualidad laboral*, Nº 2, (1986).

- "La sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de Enero de 1984: Una sentencia coyuntural", en *Revista general de derecho*, Nº 478-479 (1984).

- "La sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de Enero de 1984: Una sentencia coyuntural", en *Revista general de derecho*, Nº 476 (1984).

- "Las sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de enero y 21 y 28 de febrero de 1983 y la supresión del recargo del 20 % sobre el importe de la condena en la preparación de recursos de casación y suplicación contra sentencias de las magistraturas de trabajo", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4 (1983).

- "*Un original sistema de prestación complementaria de la seguridad social: el "seguro de sueldo" de los trabajadores de Telefónica, S.A.",* en *Aranzadi social*, Nº 5 (2002).

- "Azorín, Azaña, Antonio Espina, Sánchez Mazas y los soldados de Salamina, *Anales de la Real Academia de Doctores de España* Vol. 11 (2007).

- "Un episodio de bandolerismo durante la guerra de la Independencia. Los muchachos de Santibañez", en *Anales de la Real Academia de Doctores de España* Volumen 9 (2005).

- "El Mutualismo Laboral en la Doctrina Española". Separa editorial del Cuaderno número 7 de "*Previsión laboral*", 1954, 24x17 cm., 32 págs.

- Escribió también doce entradas en la Gran Enciclopedia Rialp. (G.E.R.) 24 Tomos, Ediciones Rialp, S.A.: "Cruz Roja", "Mutualismo", "Normas sociales", "Seguridad Social" y "Mafia".

3.2. Libros

- *La asunción de obligaciones por la empresa sucesora*, Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1957.

- (En coautoría con HERNÁNDEZ AVILÉS, J.L.) *Mutualismo Laboral*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1958. Reténgase lo establecido en la ORDEN de 11 de junio de 2958, por la que se declara de utilidad pública la obra titulada «Mutualismo Laboral», de la que son autores don Juan Euqenio Blanco y don José Luis Hernández Avilés (B.O.E. Núm. 148, 21 junio 1958).

- *Antología del nacimiento de la Previsión Social española (1908-1910)*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1959.

- *Rusia no es cuestión de un día.* El texto completo se encuentra en libro digital en esta dirección: https://archive.org/details/RusiaNoEsCuestinDeUnDia.

- *Estudio de los convenios colectivos. Especial consideración de su repercusión en la Seguridad Social,* Madrid, Instituto Nacional de Previsión (Estudios "Premio Marva"; 20), 1963.

- *La planificación de la Seguridad Social Española,* Barcelona, Ediciones Marte, 1964.

REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LABORUM

INFORMACIÓN GENERAL

Revista:	*Revista de Derecho de la Seguridad Social* (*REVSEGSOC*)
Editor:	Ediciones Laborum, S.L.
ISSN:	2386-7191
ISSNe:	2387-0370
Inicio de Publicación:	2014
Periodicidad:	Trimestral
Arbitraje:	Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato**: Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío**: Por correo electrónico a la dirección revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en http://revista.laborum.es.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  Secciones abiertas a la publicación

  ED (Estudios Doctrinales);

  EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);

  EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);

  ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);

  REC (Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán dos archivos de la siguiente forma:

- **Primer archivo**: Documento con la identificación del autor o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido:

- Identificación del autor (nombre y apellidos de cada autor); datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor responsable de la correspondencia sobre el artículo.
- Declaración responsable del autor de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital).

- **Segundo archivo. El trabajo o artículo a publicar**

  Muy importante: No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor o autores.

  El artículo ha de estar encabezado por:

  - El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
  - Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).
  - Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

  - Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, etc.).
  - Estudios de Doctrina Judicial: máximo 20 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, etc.).
  - Recensiones: máximo 3 páginas.

- **Formato del Documento.**

Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior.	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pié 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar –en todo lo posible– las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad *Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviandolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. https://revista.laborum.es/equipoeditorial o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.
- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

a) Originalidad.
b) Actualidad y novedad.
c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.
d) Significación para el avance del conocimiento científico.
e) Calidad metodológica contrastada.
f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

La Editorial considera que la remisión de un trabajo es original, no exigiendo declaración jurada al respecto pero obligándose, en caso de detectarse lo contrario, a la denuncia de prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

En relación con los derechos de autor, los autores pueden utilizar sus derechos para publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum (ISSN: 2386-7191)
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
http://laborum.es/revsegsoc/

EJSS European Journal of Social Security (ISSN: 1388-2627)
Editorial Intersentia, Países Bajos. Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
http://www.ejss.eu/

JSSL Journal of Social Security Law (ISSN: 1354-7747)
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
http://www.sweetandmaxwell.co.uk/

ERIPS e-Revista Internacional de la Proteccion Social (ISSN: 2445-3269)
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
http://institucional.us.es/revistapsocial/

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale (ISSN: 1720-562X)
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACION BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Orientación y enfoque metodológico

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.
Es una revista teoríco-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la práxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.
Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa de Seguridad Social
- Crónica de Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos –públicos y privados– en el campo de la Seguridad Social sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.